Dan Claudiu Dănişor

Disfuncţionalităţi ale sistemului constituţional

O critică filosofico-metodologică a constituţionalismului românesc contemporan

1/1/2011

Contents

Introducere 13

Titlul I. Cauze generale ale disfuncţionalităţii sistemului constituţional 15

Capitolul 1. Despre cauzele şi posibilele soluţii ale impasul sistemului constituţional românesc 15

Secţiunea 1. Generalizarea ideii că răspunsul la o problemă structurală trebuie să fie cu necesitate schimbarea legilor 16

§1. Caracterele unei structuri juridice 17

§2. Principiile unei reacţii structurale la problemele structurale 22

§3. Mimarea restructurării juridice la nivel constituţional în România 25

Secţiunea 2. Sistemul de partide nu este structurat 28

Secţiunea 3. Neînţelegerea mecanismelor fundamentale ale democraţiei 35

§1. Discreditarea corpurilor intermediare 36

A. Limitele consensului şi conflictului într-o societate pluralistă 36

B. Referendumul contra democraţiei? – Despre tensiunile dintr-un cuplu ce părea inseparabil 38

§2. Înţelegerea separaţiei puterilor, orizontală sau verticală, ca pe o sursă de dezordine 42

Secţiunea 4. Dezistituţionalizarea funcţiilor publice 43

§1. Dezistituţionalizarea funcţiei de judecător sau statul care îşi devorează justiţia 44

§2. Parlamentarul dezistituţionalizat 48

§3. Personalizarea vieţii politice 49

Capitolul 2. Lipsa juridicizării conceptelor 51

§1. Ce se înţelege printr-un concept *juridic*? 51

A. Conceptele juridice sunt formale 52

B. Conceptele juridice nu au în sine un conţinut valoric 55

C. Caracterul evolutiv al noţiunilor juridice 61

D. Conceptele juridice sunt normative, nu constatative.....65
E. Conceptele juridice sunt concepte operaţionale 65
§2. Definirea conceptelor juridice.....66
A. Definirea constructivă a conceptelor juridice.....66
B. Definirea conceptelor juridice nu trebuie să fie aditivă.....70
C. Definirea conceptelor juridice trebuie să fie totdeauna sistemică 71
D. Definirea conceptelor juridice prin gen proxim şi diferenţă specifică.....71
Capitolul 3. Dejuridicizarea Constituţiei 75
Secţiunea 1. Exemplul raporturilor dintre Constituţie, economie şi reforma permanentă 75
§1. Între reforma permanentă şi stabilitatea constituţională 76
§2. Dejuridicizarea Constituţiei prin extensia obiectului său de reglementare.....80
§3. Constituţia şi economia 82
§4. Revizuirea pentru revizuire.....82
Secţiunea 2. Considerarea unor dispoziţii constituţionale ca simple utopii – tradiţiile democratice ale poporului român şi idealurile Revoluţiei.....83
§1. Transformarea surselor reale în surse formale de valoare constituţională 84
§2. Obligativitatea interpretării istorice şi teleologice. 86
A. Interpretarea istorică şi tradiţiile democratice ale poporului român. 86
B. Obligativitatea interpretării teleologice, valorile supreme ale statului român şi idealurile Revoluţiei 89
§3. Un «bloc de constituţionalitate»?.....97
Capitolul 4. Interpretarea restrictivă a reglementării constituţionale privind restrângerea exerciţiului unor drepturi ori libertăţi.....101
Secţiunea 1. Determinarea sferei de aplicabilitate a dispoziţiilor constituţionale.....101

§1. Reglementarea restrângerii exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi 101
§2. Controlul de proporţionalitate - mijloc de protecţie comun drepturilor fundamentale şi drepturilor subiective 103
§3. Beneficiarii limitării posibilităţii de a restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi 104
Secţiunea 2. Condiţiile restrângerii 106
§1. Competenţa restrângerii şi previzibilitatea ei 106
§2. Restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi poate fi făcută doar pentru anumite motive expres prevăzute de Constituţie 111
§3. Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică 116
A. Libertatea trebuie să fie cu necesitate limitată 118
B. Cei supuşi ordinii juridice participă la crearea ei 120
C. Participarea cetăţenilor la crearea ordinii trebuie să fie egală ... 121
D. Societatea şi participarea cetăţenilor trebuie să fie structurate pluralist 125
§4. Măsura de restrângere trebuie să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o 126
§5. Măsura de restrângere trebuie să fie aplicată în mod nediscriminatoriu 128
§6. Măsura trebuie să fie aplicată fără să aducă atingere existenţei dreptului sau a libertăţii 130

Titlul II. Disfuncţionalităţi ale justiţiei constituţionale 135
Capitolul 1. Curtea Constituţională a României în capcana nefilosofării. 135
Capitolul 2. Despre cauzele utilizării excesive a excepţiei de neconstituţionalitate 145
Capitolul 3. Restrângerea excesivă a obiectului controlului de constituţionalitate prin jurisprudenţa Curţii Constituţionale 151
Capitolul 4. Înţelegerea greşită a competenţei exclusive a Curţii Constituţionale în materia contenciosului constituţional 159

Secţiunea 1. Definirea sumară a noţiunilor cheie în atribuirea competenţelor de justiţie constituţională 160
§1. Cum şi de ce nu este corect înţeles sistemul normativ ierarhizat 162
§2. Aporiile pretenţiilor de fundamentare meta-juridică a noţiunii de «constituţie» 174
§3. Justiţia constituţională este redusă la eliminarea normelor din sistem pentru neconformitate 180
Secţiunea 2. Partajul competenţelor de justiţie constituţională în raport de distingerea validităţii de conformitate.....188
§1. Istoria semnificativă a distincţiei în jurisprudenţa românească antebelică.....189
A. Hotărârile judecătoreşti pronunţate înainte de 1912.....189
B. Hotărârile judecătoreşti din 1912 sunt bazate pe distincţia validitate/conformitate.....192
C. Calificarea raporturilor de scoatere a normelor din sistem ca fiind raporturi de validitate 195
D. Problema validităţii nu atrăgea competenţa exclusivă a Înaltei Curţi de Casaţie în secţiuni unite nici după 1923.....196
E. Distingerea normelor constituţionale aplicabile de către instanţe de cele neaplicabile.....197
F. Constituţionalizarea tradiţiilor democratice ale poporului roman şi principiile jurisprudenţei antebelice 199
§2. Slaba distingere a controlului de validitate de cel de conformitate în doctrina şi jurisprudenţa actuală 200
A. Teoria juridică românească post-revoluţionară.....200
B. Jurisprudenţa Curţii Constituţionale 202
§3. Competenţa generală de a constata nevaliditatea (neconstituţionalitatea extrinsecă).....205
A. Modalităţile de interpretare a art. 146C privind atribuţia Curţii Constituţionale de a soluţiona excepţiile de neconstituţionalitate 205
B. Distingerea procedurii excepţiei de neconstituţionalitate de procedura constatării inexistenţei normei juridice.....206

§4. Problemele de validitate a legii 209
§5. Competenţa controlului actului de abrogare versus competenţa controlului conţinutului normelor de abrogare 209
§6. Limitele constituţionale ale competenţei de a adopta ordonanţe şi controlul respectării acestora 212
A Limitele reglementării prin ordonanţă obişnuită.....213
B. Limitele competenţei de a adopta ordonanţe de urgenţă.....217
§7. Problema neretroactivităţii – o problemă de validitate? 220
§8. Competenţa în contenciosul constituţional al normelor infralegislative depinde de interpretarea ierarhiei normative.....222
A. Nici o normă constituţională nu impune direct interpretarea ierarhiei normative ca fiind o ierarhie cu validare în trepte 222
B. Art. 53C impune controlul constituţionalităţii actelor infralegislative 223
C. Partajul competenţelor de justiţie constituţională în materia actelor infralegislative 224
Secţiunea 3. Tipuri de contencios constituţional de conformitate şi partajul competenţelor de justiţie constituţională 224
§1. Instanţele ordinare au competenţa de a aplica direct Constituţia pentru a proteja drepturile şi libertăţile 226
A. Ilogismul refuzului aplicării directe a Constituţiei, în condiţiile admiterii aplicării directe a tratatelor privind drepturile omului ...227
B. Refuzul C.C. de a acorda instanţelor ordinare competenţa de a aplica direct Constituţia 229
C. Competenţa exclusivă a C.C. se referă doar la eliminarea normelor neconstituţionale pentru neconformitate din sistem, nu la protecţia drepturilor şi libertăţilor.....230
D. Controlul constituţionalităţii practicilor statale restrictive în materia exerciţiului drepturilor şi libertăţilor 233
E. Controlul constituţionalităţii actelor particularilor 235
§2. Curtea Constituţională a României nu elimină normele neconstituţionale din sistem, ci doar declanşează procedura 236
A. Procedura de eliminare a normei din sistem până în 2003 236

B. Obligaţia de punere de acord din Legea de revizuire din 2003 - impunerea deciziilor C.C. este o competenţă a instanţelor ordinare 238
Capitolul 5. Problemele controlului constituţionalităţii hotărârilor Camerelor Parlamentului – cu privire la Decizia C.C. nr. 53 din 25 ianuarie 2011.....243
§1.Constituţionalitatea extinderii prin lege a atribuţiilor C.C.....243
A. Obiectul controlului de constituţionalitate configurat de art. 146 din Constituţie şi limitele extinderii lui 244
B. Neclaritatea normei este contrară art. 1 alin (3) din Constituţie care impune statul de drept.....247
§2. Normele de referinţă pentru realizarea controlului constituţionalităţii hotărârilor plenului Camerelor Parlamentului şi condiţiile restrângerii exerciţiului unui drept.....247
A. Normele legale pot fi norme de referinţă în cadrul controlului de constituţionalitate?.....248
B. Stabilirea prin lege a unei restrângeri neprevăzute constituţional a dreptului de a fi ales membru la C.S.M.....250
§3. Efectele deciziei C.C. prin care se constată neconstituţionalitatea Hotărârii Senatului.....252
§4. Neretroactivitatea legii.....253
A. Este aplicată retroactiv norma legală?.....253
B. Competenţa de a decide cu privire la neretroactivitate.....257
Capitolul 6. Probleme ridicate de decizia C.C. privind constituţionalitatea abrogării dispoziţiilor penale privind insulta şi calomnia.....259
Secţiunea 1. Probleme privind competenţa Curţii 260
§1. Curtea depăşeşte limitele sesizării. 260
§2. Poate Curtea să se pronunţe asupra constituţionalităţii normelor de abrogare? 261
§3. Poate Curtea să se pronunţe asupra omisiunilor legiuitorului? 261
Secţiunea 2. Raporturile dintre demnitate şi libertatea de exprimare 264

§1. Curtea dă prioritate, în mod inadmisibil, demnităţii în raport cu celelalte valori supreme.....264
§2. Poate Curtea să definească de o manieră generală demnitatea ca valoare supremă?.....265
§3. Limitarea libertăţii de exprimare prin decizia analizată.....267
A. Curtea nu raportează dispoziţia controlată la art. 26 şi nu face aplicaţia art. 53 din Constituţie.....267
B. Curtea nu se referă la jurisprudenţa pertinentă a Curţii Europene a Drepturilor Omului.....268
C. Curtea susţine în mod eronat obligativitatea existenţei delictelor de presă.....269
D. Curtea nu ia în considerare specificul infracţiunilor de insultă şi calomnie prin presă.....270
§4. Curtea interpretează eronat liberul acces la justiţie.....272
§5. Nerelevanţa argumentelor de drept comparat invocate de Curte 274
Secţiunea 3. Efectele deciziei Curţii Constituţionale.....275
§1. Poate Curtea să stabilească ea însăşi care sunt efectele deciziei sale?.....276
§2. Încetarea efectelor juridice ale normei declarată neconstituţională este sinonimă cu abrogarea? 276
Secţuinea 4. Curtea îşi contrazice propria jurisprudenţă în materie ..277
Capitolul 7. Mic ghid de sesizare a Curţii Constituţionale 279
Secţiunea 1. Coordonarea sesizării Curţii Constituţionale cu controlul de convenţionalitate 279
Secţiunea 2. Motivarea neconstituţionalităţii.....283
§1. Alegerea textelor constituţionale invocate 283
§2. Alegerea tipului de argumentaţie 286
A. Când trebuie să invoci argumente de filosofie juridică în faţă unei instanţe aflată în capcana nefilosofării? 286
B. Argumentele gramaticale.....289
C. Modul de invocare a argumentelor sistemice 290
D. Să ne preocupe cu adevărat istoria?.....294

E. Argumentarea teleologică....296
§3. Există soluţii de depăşire a eşecului?....297

Titlul III. Probleme generate de proiectul de revizuire a Constituţiei....299

Capitolul 1. Logica electorală a Proiectului de lege de revizuire a Constituţiei....299
Capitolul 2. Capcana unei decizii întemeiate – despre Decizia C.C. privind revizuirea Constituţiei....303
A. C.C. atrage supune atenţie Preşedintelui observaţiile din considerentele deciziei....304
B. Neconstituţionalitatea unor dispoziţii din proiect ignorate de C.C. 305
C. Efectele deciziei....307
E. Ce vrea de fapt Preşedintele României? 308
Capitolul 3. Neconstituţionalitatea procedurii de iniţiere a revizuirii Constituţiei – despre Decizia C.C. nr. 799, din 17 iunie 2011, referitoare la proiectul legii de revizuire a Constituţiei României 311
Extras din Decizie: 311
A. Determinarea premiselor....313
B. Derivarea concluziilor....315
C. Neconstituţionalitatea iniţierii revizuirii Constituţiei....317
Capitolul 4. Revizuirea şi bicamerismul....319
Capitolul 5. Reorganizarea administrativă a României – o diversiune reuşită....339
Secţiunea1. Definirea constituţională a autonomiei locale într-un stat unitar descentralizat....340
Secţiunea 2. Instituirea autonomiei locale....342
Secţiunea 3. Garanţiile instituţionale ale liberei administrări....343
Secţiunea 4. Mijloacele liberei administrări 344
A. Puterea de reglementare proprie autorităţilor locale 344
B. Libertatea contractuală a colectivităţilor locale....346
C. Autonomia financiară....347

Secţiunea 5. Domeniul liberei administrări 348
Secţiunea 6. Limitele autonomiei locale: apărarea caracterului unitar al statului.....350
A. Indivizibilitatea suveranităţii.....350
B. Indivizibilitatea teritoriului.....352
C. Indivizibilitatea poporului 352
Secţiunea 7. Controlul respectării sferelor de competenţe într-un stat unitar descentralizat în care comunităţile locale sunt autonome administrativ 354
Secţiunea 8. Protecţia persoanelor prin separaţia verticală a puterilor 355
Secţiunea 9. Cum ar trebui revizuită Constituţia pentru ca autonomia locală în cadrul unui stat descentralizat să devină realitate 356

Titlul IV. Alte disfuncţionalităţi sistemice 363
Capitolul 5. Utilizarea abuzivă a conceptului de cetăţenie în Constituţie 363
§1. Universalitatea drepturilor omului şi consecinţele ei juridice.363
A. Noţiunea de «universalitate» a drepturilor şi libertăţilor fundamentale.....363
B. Consecinţele caracterului normativ al universalităţii drepturilor omului 366
§2. Consecinţele utilizării abuzive a noţiunii de cetăţenie.....370
Capitolul 2. Înţelegerea greşită a principiului neretroactivităţii legii 371
Secţiunea 1. Probleme generate de nereatroactivatea legii.....371
§1. Riscurile constituţionalizării generale a principiului 371
§2. Amalgamarea teoriei drepturilor câştigate cu cea a situaţiilor juridice definitiv constituite 371
§3. Determinarea defectuoasă a sferei de aplicare a principiului..371
§4. Slaba distingere a problemei legilor retroactive de legile retrospective 371
§3. Generalizarea ideii că doar C.C. este competentă în materia neretroactivităţii legii 371

§4. Crearea unor confuzii în ierarhia normativă prin particularizarea principiului constituţional în lege.....371
Secţiunea 2. Principiul retroactivităţii legii penale sau contravenţionale mai favorabile 371
§1. Caracterul constituţional al principiului retroactivităţii legii penale sau contravenţionale mai favorabile 371
§2. Noţiunile de „lege penală" şi „lege contravenţională".....372
§3. Noţiunea de lege penală sau contravenţională mai favorabilă 378
§4. Modul de determinare a legii penale sau contravenţionale mai favorabile.....379
A. Distingerea dispoziţiilor mai favorabile de cele mai nefavorabile în cazul legilor relative la incriminare 380
B. Legea mai favorabilă prin raportare la pedepse 381
C. Conflictul între criterii 387
D. Coexistenţa dispoziţiilor mai favorabile şi mai nefavorabile 388
E. Situaţia normelor privind prescripţia 393
F. Situaţia normelor privind executarea pedepselor 393
G. Aplicarea legii mai favorabile în cazul pedepselor definitive 394
H. Situaţia infracţiunilor continui, continuate sau de obicei.....399
I. Existenţa a mai mult de două legi succesive 400
J. Problema legilor penale mai favorabile declarate neconstituţionale 400

Introducere

Titlul I. Cauze generale ale disfuncţionalităţii sistemului constituţional

Capitolul 1. Despre cauzele şi posibilele soluţii ale impasul sistemului constituţional românesc

Cauzele disfuncţionalităţilor unui sistem constituţional pot fi interne – normele constituţionale nu sunt clare şi sunt slab coordonate într-un sistem – şi externe – un sistem social, mai ales politic, inadecvat genului de normare ales. Sistemul nostru constituţional le încearcă pe amândouă. Eu cred, şi voi afirma aceasta de la început, că de fapt cauzele lipsei de funcţionalitate a sistemului constituţional nu sunt situate în primul rând la nivelul sistemului normativ, ci la nivelul impulsului politic şi social care alimentează acest sistem. Sistemul normativ este ca un aparat electric: foarte frumos organizat pentru a funcţiona, dar care dacă nu este alimentat sau dacă sursa de alimentare nu este apropriată, nu va funcţiona sau se va defecta. Dacă alimentez un astfel de aparat, construit pentru a funcţiona la tensiune de 220 de volţi, la 380, atunci se arde. Soluţia ar fi, în modelul de logică adoptat de cei care văd doar cauzele interne ale disfuncţionalităţilor sistemice, să cumpărăm un aparat mai performant. Eu cred că ar trebui schimbată sursa de alimentare.

Schimbarea instituţiilor juridice constituţionale în acest moment nu ar conduce după părerea mea la o îmbunătăţire consistentă a funcţionării sistemului. De aceea mă voi ocupa în această primă parte a lucrării exclusiv de cauzele externe ale disfuncţiilor sistemului constituţional românesc, deşi înţeleg foarte bine că unele probleme sistemice provin din sau sunt amplificate de defectele tehnicii normative utilizate la nivel constituţional.

Putem determina mai multe cauze externe ale impasului în care se află sistemul constituţional. Prima este generalizarea idei că răspunsul la o problemă structurală trebuie să fie cu necesitate schimbarea legilor, cea de a doua este nestructurarea reală a sistemului de partide, a treia este înţelegerea trunchiată a democraţiei, iar cea din urmă este dezinstituţionalizarea funcţiilor publice.

Secţiunea 1. Generalizarea ideii că răspunsul la o problemă structurală trebuie să fie cu necesitate schimbarea legilor

Presupoziţia dominantă în România de astăzi este că atunci când un sistem social nu funcţionează de vină este legea care reglementează funcţionarea sistemului şi că deci aceasta este cea care trebuie schimbată pentru a-l funcţionaliza. Atitudinea aceasta a creat un fel de sport normativ: toată lumea cere schimbarea legilor în fiecare zi, iar cei abilitaţi să normeze o fac cu o rapiditate şi cu o lipsă de coerenţă uimitoare, de parcă ar schimba nu osatura sistemului social, ci şosetele murdare. Legile nu par niciodată să fie destule şi, în orice caz, nu par bune decât până când sunt puse în vigoare. Din cauza acestei inflaţii normative am ajuns să nu mai înţelegem nimic din sistemul juridic, iar previzibilitatea legilor, atât de dragă Curţii Europene a Drepturilor Omului, a devenit un deziderat imposibil de atins în România, căci nimeni nu mai ştie ce se aşteaptă legiuitorii să facem noi, subiecţii de drept, cei pentru care legea dispune. Încălcarea legii, chiar de către organele statului, care nu mai ştiu ce legi aplică - atât de mare şi de neclar le este noianul - a devenit un fapt atât de obişnuit încât nimeni nu se mai miră. Poate doar Curtea de la Strasbourg, care ne condamnă pentru schimbarea prea deasă a legilor sau pentru inconsistenţa lor.

Reacţia la o problemă structurală nu poate fi decât structurală. În domeniul economic acest lucru este foarte bine înţeles. Dacă economia intră în criză, atunci nu ne gândim să schimbăm economiştii, ci să restabilim echilibrele macroeconomice. În domeniul juridic acest adevăr simplu nu pare să fie înţeles. Dacă sistemul juridic intră în criză, reacţia nu pare a fi restabilirea echilibrelor macrojuridice, ci schimbarea unor legi de amănunt şi înlocuirea oamenilor care asigură funcţionarea sistemului. Reacţia pare mai degrabă destructurarea decât restructurarea. Sub aparenţa creării unor noi structuri juridice se ascunde o reacţie haotică de cârpire a vechiului cadru, căruia i se mai adaugă trei scânduri şi câteva cuie. Restructurarea juridică este mimată[1].

Întrebarea care îmi pare fundamentală este de ce avem astfel de reacţii în

[1] O parte din textul care urmează a fost publicat sub titlul „Mimarea restructurării juridice" în Pandectele române nr. 8/2011, p.

domeniul dreptului. De ce în domeniul economic suntem capabili de reacţii macrostructurale, iar în drept ne orientăm automat către răspunsuri microstructurale, dacă nu către destructurări mascate în reacţii de refacere a structurii? Ce nu înţelegem corect în cazul structurilor juridice, deşi ele nu ar trebui tratate diferit de structurile economice?

În alte epoci reacţia juridică structurală era de la sine înţeleasă. Codificările secolelor trecute au fost astfel de reacţii. La fel, unificarea cutumelor în *common law*. Sistemul normativ al Uniunii Europene încearcă aceeaşi reacţie structurală prin intermediul codificării, deşi procesul pare mult mai complicat decât cel de la nivelul statelor, având în vedere suveranitatea acestora. Şi sistemul nostru normativ pare să se dorească a fi restructurat în acest mod prin introducerea unor noi coduri. Dar, chiar în acest caz, reacţia structurală nu pare reală, căci instituţiile noilor coduri nu sunt coordonate în mod real cu o restructurare a instituţiilor chemate să aplice aceste noi coduri, iar filosofia care le fundamentează pare mai degrabă absentă sau cel mult eclectică[2].

Pentru a răspunde la întrebările de mai sus, cred că trebuie să vedem ce înseamnă o structură juridică şi ce semnificaţie are o reacţie structurală la o problemă structurală a sistemului juridic.

§1. Caracterele unei structuri juridice

Sistemul juridic este un sistem ierarhizat. O astfel de ierarhizare a sistemului, dacă este să admitem ca adevărată teoria normativistă, este bazată pe un caracter aparte: autoproducerea sistemului. Sistemul juridic reglează el însuşi producerea sa, în sensul că validitatea introducerii unei norme în sistem este bazată doar pe o altă normă a sistemului, ierarhic superioară. Sistemul juridic pare deci un sistem închis. Totuşi, teoria normativistă a ierarhiei surselor dreptului este o teorie ce vizează doar *analiza normativă* a unui sistem normativ. Ea este doar una dintre grilele de analiză posibile, una de multe ori greşit înţeleasă în sistemul nostru doctrinar. Ea evacuează consideraţiile extrajuridice din *analiza* dreptului, nu din dreptul însuşi. Acesta trebuie să fie

[2] Pentru o analiză a ezitărilor filosofice ale noului Cod penal, vezi Mădălina-Cristina Putinei, *Noul Cod penal: politica penală între liberalism, comunitarism şi lipsa de filosofie,* P.R. nr. 2/2011, p. 83-92.

legat de celelalte subsisteme sociale. Altfel riscă să reglementeze neantul. Or, dacă privim dreptul din punctul de vedere al legăturilor sale cu alte domenii ale vieţii sociale, el trebuie să fie privit ca un sistem deschis. Cred că reacţia greşită în înţelegerea structurării sau restructurării sistemului nostru juridic vine din confuzia dintre cele două ipostaze ale sistemului.

Sistemul este tratat ca unul închis când ar trebui să fie tratat ca unul deschis, şi invers. De exemplu, când construim un concept juridic pornim de la un dat extrajuridic. Dar, pentru a obţine un astfel de concept, trebuie ca datul extrajuridic, care reprezintă intrarea într-un sistem deschis, să fie reorganizat în aşa fel încât să se *juridicizeze*[3], adică să devină un sistem închis, care nu ţine cont decât de ceea ce este juridic, pentru ca apoi să se redeschidă către celelalte subsisteme sociale, pentru a oferi o finalitate extrajuridică.

În grila de analiză tipică practicii şi chiar doctrinei noastre juridice, fie sistemul conceptelor juridice nu se închide, conceptele rămânând extrajuridice, şi fiind folosite fără necesara remaniere juridică, fie nu se mai deschide către subsistemele sociale, rămânând un sistem închis, care oferă doar o finalitate juridică, atunci când ar trebui să ofere una extrajuridică. De exemplu, C.C. construieşte conceptul de securitate naţională pornind de la consideraţii economico-sociale[4], fără să închidă sistemul conceptual pentru a obţine un sens juridic al noţiunii constituţionale. Astfel ea poate introduce în cadrul conceptului practic orice, căci el rămâne deschis. Pe de altă parte, atunci când sistemul conceptual juridic ar trebui să se deschidă pentru a obţine o finalitate extrajuridică, el este analizat ca un sistem închis. Astfel, aceeaşi Curte nu pare deloc interesată de finalitatea extrajuridică, socială, a utilizării de către guvern a conceptului de securitate naţională pentru a justifica orice acţiune care tinde să restrângă exerciţiul unor drepturi.

Structura conceptuală a sistemului juridic este în acelaşi timp deschisă şi închisă. Ea este alimentată de teze extrajuridice, fiind astfel un sistem deschis, se închide în ea însăşi pentru a obţine o transfigurare juridică a extrajuridicului, care se constituie într-o antiteză a acestuia, constrângând datul să se limiteze pentru a deveni coerent din punct de vedere juridic, pentru ca apoi să se

[3] Vezi Dan Claudiu Dănişor, *Juridicizarea conceptelor*, Dreptul nr. 3/2011.

[4] Decizia nr. 872 din 25 iunie 2010, Decizia nr. 873 din 25 iunie 2010, Decizia nr. 874 din 25 iunie 2010, M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010, Notă Mădălina-Cristina Putinei, RRDJ nr. 2/2010, p. 103-107, Notă Mirela Alexandra Popescu, RRDJ nr. 2/2010, p. 107-109, Notă Adriana-Florina Bălăşoiu, RRDJ nr. 2/2010, p. 110-113.

redeschidă către un nou dat extrajuridic, o sinteză socială a ceea ce sistemul juridic procesează pentru a obţine o finalitate extrajuridică. Deschiderea sistemului conceptelor juridice, necesară pentru a admite intrările în sistem, nu trebuie confundată cu o dominare a sistemului de către datul extrajuridic. Acest dat iniţial intră în sistem doar pentru a fi restructurat de acesta. Finalitatea extrajuridică, adică noul dat ce se vrea obţinut, este cel care reprezintă motorul ce alimentează funcţionarea sistemului. Catalizatorul este finalitatea, nu realitatea socială existentă. În cazul actualelor recodificări ale sistemului juridic din România, această finalitate, care ar trebui să catalizeze funcţionarea sistemului, nu este detectabilă. Ce vor de fapt să obţină guvernanţii introducând noile coduri? Singurul lucru clar este că vor să le schimbe pe cele vechi. Finalitatea extrajuridică a recodificării nu este deloc clară. Adică, ce finalitate nu are sistemul actual şi are noul sistem de coduri? Eu nu am înţeles. În afara unor reconfigurări de microstructură, la nivelul unor instituţii juridice, eu nu văd nici o restructurare reală a finalităţii sistemului. Deci catalizatorul restructurării pare a fi situat la nivelul *tezei*, în grila dialectică de mai sus, iar sinteza nu este vizibilă, ceea ce are ca efect faptul că *antiteza* juridică, adică modul de configurare a procesului de juridicizare, de constrângere a intrărilor în sistem în vederea creării unui nou dat social, să nu fie coerentă. Greşeala provine din înţelegerea structurii juridice ca fiind una care reacţionează la faptele prezente, nu la faptele viitoare. Sistemul conceptual utilizat în analiză este dominat de realitatea factuală ce trebuie schimbată, nu de noua realitate care ar trebui configurată având în vedere o nouă finalitate.

De fapt, o structură juridică este o structură normativă, în sensul că niciodată ea nu este dominată de faptele actuale, ci de o finalitate, adică de faptele sociale pe care vrea să le obţină în viitor. Ea este deci o structură proiectivă, nu descriptivă. Acest lucru înseamnă că structura juridică nu trebuie să reacţioneze, ci să proiecteze. În cazul restructurării sistemului normativ românesc actual, acest lucru nu pare să fie înţeles în mod corespunzător. Legiuitorul nostru pare doar să reacţioneze, fiind incapabil să proiecteze. Acţiunile de restructurare a sistemului juridic au un aspect *pompieristic*. Legiuitorul stinge focul, fără să fie capabil să construiască un sistem de prevenire a incendiilor.

Instituţia juridică este o „totalitate ierarhizată" a cărei „cheie este furnizată de finalitatea instituţiei şi de gradul de proximitate al mijloacelor faţă de scop,

mijloacele cele mai îndepărtate fiind subordonate mijloacelor celor mai apropiate şi aşa mai departe”[5]. Astfel, într-o structură normativă nu este vorba doar de subordonarea normelor, ci şi de adecvarea mijloacelor faţă de scopuri şi de ierarhizarea acestor mijloace de realizare a finalităţii structurii.

O structură juridică nu este doar o structură normativă. Ea presupune un sistem de instituţii care asigură formarea şi aplicarea dreptului. Aceste instituţii trebuie configurate corespunzător finalităţii sistemului, adică ieşirilor din sistem, nu intrărilor în acesta. Pe de altă parte, ele trebuie să asigure o funcţionare coerentă a modului de procesare internă a sistemului, prin adecvarea mijloacelor în raport cu scopurile şi prin construirea unei ierarhii a acestor mijloace. Acest lucru nu este înţeles prea bine în sistemul nostru instituţional actual. Restructurarea instituţiilor normative ale sistemului juridic nu este corelată aproape niciodată cu restructurarea instituţiilor care asigură formarea şi aplicarea acestui sistem normativ. De exemplu, dacă finalitatea dorită este eficientizarea producţiei normative, reacţia este acum eliminarea unei Camere a Parlamentului[6], schimbarea modului de alegere a parlamentarilor şi a numărului acestora. Mai mult, se vehiculează obsesiv ideea schimbării clasei politice, înlocuirea ei cu o alta, probabil venită de pe Marte. Aparent, reacţia structurală are în vedere finalitatea arătată. De fapt, ea este o reacţie la lipsa de eficienţă a Parlamentului actual.

Greşeala este una tipică. Mai întâi, nu este definită această eficienţă a sistemului de producere a normelor. Ideea celor mai mulţi este că Parlamentul nu produce suficient de rapid normele. Or, de fapt, ar trebui să ne raportăm la faptul că normele prea des schimbate afectează securitatea juridică a persoanelor. Nu normele *multe* sunt finalitatea ce ar trebui dorită, ci normele *rare*[7] şi bune, căci finalitatea sistemului este protecţia persoanei, nu normarea în sine. Mai apoi, se postulează că parlamentarii sunt incapabili. Reacţia structurală pare coerentă: îi înlocuim cu unii mai capabili. Cum? De unde îi găsim? Din acest punct de vedere tăcerea este deplină. De fapt, parlamentarul este tratat ca o persoană, nu ca o instituţie[8]. Dacă îl privim ca pe o instituţie,

[5] *J. Dabin*, Théorié générale du droit,1ére édition, Bruylant, Bruxelles, 1944, p. 61.
[6] Proiectul de lege de revizuire a Constituției din 2011.
[7] Claude Courvoisier, *Idealul legii rare*, RDP nr. 4/2003.
[8] Dan Claudiu Dănişor, *O dispută între doi clasici: Tudor Drăganu şi Antonie Iorgovan despre bicamerism*, RDP nr. 3/2010, p. 13-27.

atunci reacţia structurală ar trebui să fie crearea unui sistem al acestei instituţii care să îi asigure o funcţionare corespunzătoare. De exemplu, prin formarea unei structuri de consiliere de specialitate a fiecărui parlamentar. Sub masca restructurării, se ascunde de fapt o destructurare. Parlamentul este amputat, clasa politică este distrusă şi refăcută după reguli pe care nu cred că cineva este capabil să le arate, sistemul juridic trebuie diversificat, crescut exponenţial, adică destructurat pentru beneficiarii lui, care nu îl mai pot urmări şi înţelege. Destructurarea prin amputare este deci dublată de o destructurare prin înmulţire necontrolată. Este ca şi cum pentru a restructura sistemul membrelor unui om ar trebui să îi tai un picior şi să îi adaugi cinci mâini.

Acelaşi proces este pus în funcţiune atunci când este vorba de instituţiile care aplică regulile juridice. De exemplu, dacă finalitatea dorită este lupta contra corupţiei, reacţia structurală actuală este atacarea judecătorilor pentru că ar fi incompetenţi şi corupţi, restrângerea independenţei acestora, căci se prezumă că ei acţionează arbitrar sub protecţia acesteia, crearea mai multor parchete specializate şi subordonarea ierarhică mai accentuată a procurorilor, pentru eliminarea posibilităţii de acţiune arbitrară a acestora etc.

De fapt, această reacţie nu este structurală. Ea priveşte oamenii, nu structurile. Ca şi în cazul clasei politice, ne-ar trebui, în această optică, un nou corp de magistraţi. De unde îi găsim nu se spune. Apoi, reacţia aparent structurală este destructurantă. Sistemul judiciar are ca fundament structural independenţa. Restrângerea acesteia nu este o restructurare, căci nu este detectabil niciun alt principiu de organizare a sistemului judiciar. De fapt, ceea ce se urmăreşte, de exemplu prin introducerea în proiectul de revizuire a Constituţiei a unei configuraţii a C.S.M., în care judecătorii devin minoritari în raport cu procurorii, subordonaţi ministrului justiţiei şi ierarhic în interiorul sistemului, şi cu reprezentanţii societăţii civile, numiţi politic, este o distrugere a principiului însuşi de structurare a sistemului judiciar. O amputare, deci. În ceea ce priveşte parchetul, el a suferit un proces de multiplicare incoerentă. Mai multe parchete, care împart neclar competenţele, care au sisteme de subordonare incoerente şi care sunt politic controlate. Ca şi în cazul normelor, multiplicarea structurilor nu este o reacţie structurantă, ci destructurantă, căci pentru subiecţii de drept funcţionarea structurilor devine greu de înţeles, ei fiind incapabili să le mai utilizeze în scopul apărării drepturilor şi libertăţilor lor. O destructurare prin multiplicare.

Reacţia structurală normală pentru a lupta contra corupţiei ar fi fost întărirea independenţei justiţiei, introducerea reală a procurorilor în sistemul judiciar, prin acordarea calităţii de magistrat, ceea ce înseamnă eliminarea subordonării ierarhice şi a subordonării faţă de un organ executiv, şi asigurarea coerenţei mijloacelor de acţiune a acestora, prin eliminarea dualismelor instituţionale şi prin subordonarea organelor de anchetă penală din cadrul poliţiei faţă de procuror, nu faţă de un ministru.

Structurile juridice sunt greşit înţelese pentru că ele sunt concepute ca fiind reactive, dominate de fapte, nu ca fiind proiective, subordonate unei finalităţi, pentru că sunt înţelese ca fiind închise, când ar trebui să fie concepute ca deschise, şi invers, şi pentru că adecvarea şi ierarhizarea mijloacelor de acţiune organică în raport cu finalitatea proiectată normativ, adică modul de construire a structurilor instituţionale, nu sunt corelate structural cu instituţiile normative, reacţia normativă fiind utilizată atunci când ar trebui utilizată cea organică, iar cea organică atunci când ar trebui utilizată cea normativă.

§2. Principiile unei reacţii structurale la problemele structurale

a. Restructurarea trebuie să privească echilibrele macrojuridice

Ca şi în economie, în drept orice restructurare a sistemului presupune restabilirea echilibrelor macrojuridice. Ce sens au însă aceste echilibre? Primul aspect ce trebuie avut în vedere este că un astfel de echilibru priveşte sistemul juridic în ansamblu şi nu o instituţie juridică sau alta. Este deci vorba de o restructurare care are ca scop mai buna asigurare a unuia dintre caracterele sistemice ale dreptului: claritatea, coerenţa, consistenţa sau completitudinea[9]. Orice reacţie de presupusă restructurare care nu are ca finalitate unul dintre aceste aspecte sistemice nu este o restructurare reală.

Al doilea aspect ce trebuie avut în vedere este că restructurarea sistemului juridic presupune restabilirea unor echilibre. Ceea ce înseamnă că trebuie să existe un dezechilibru şi că mijloacele de acţiune alese sunt adecvate reechilibrării sistemului. Dacă nu există un dezechilibru, atunci reacţia de restructurare nu este necesară. De exemplu, validitatea introducerii în sistemul juridic a unei legi interpretative este condiţionată de existenţa unui conflict de

[9] Dan Claudiu Dănișor, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, C. H. Beck 2008, p. 38-41.

interpretări în jurisprudenţă[10]. Dacă mijloacele alese pentru corectarea unui dezechilibru nu sunt adecvate scopului propus, atunci restructurarea este disproporţionată.

b. Restructurarea juridică trebuie să fie proiectivă

Caracterul proiectiv al unei restructurări presupune mai întâi de toate ca ea să nu fie o reacţie pură şi simplă la disfuncţionalităţile, mai mult sau mai puţin probate, ale sistemului social sau normativ existent, ci un proiect necesar pentru o nouă realitate socială, subordonată realizării unui scop social bazat pe alte principii filosofice, ideologice, economice sau sociale.

Prima condiţie este ca datul social existent să trebuiască să fie schimbat. Deci trebuie ca el să nu fie satisfăcător în raport cu finalitatea ultimă a societăţii: în cazul unei democraţii liberale, protecţia persoanelor. O restructurare a sistemului fără probarea acestei inadecvări a vechiului sistem cu scopul social este doar o schimbare de dragul schimbării: postularea reformei permanente ca o necesitate în sine – un alt fel de totalitarism[11].

Determinarea finalităţii este esenţială. Iar această determinare, pentru a fi validă, trebuie să creeze un consens procedural, adică să transgreseze particularismul tuturor doctrinelor morale sau comprehensive prezente în societatea dată şi să utilizeze mijloace de transpunere în practică neutre din punct de vedere ideologic. Lipsa finalităţii noi sau lipsa neutralităţii acesteia ori a mijloacelor de realizare face ca restructurarea să nu fie reală.

c. Restructurarea juridică trebuie să fie considerată un sistem închis în

[10] Tribunalul Ilfov, Jurnalul nr. 119 din 2 februarie 1912, Dreptul nr. 12 din 12 februarie 1912, p. 93 : „Considerând că, pentru a fi o lege într-adevăr interpretativă trebuie ca ea să rezolve dificultăţi de interpretare, care să aibă un caracter serios; că, asemenea legi intervin mai cu seamă în cazuri când există contrarietate de hotărâri în interpretarea legilor, pentru a pune capăt variaţiunilor de jurisprudenţă; că, prin urmare, nu este destul ca o lege să aibă formă interpretativă ca să fie în realitate interpretativă; (...) că, în speţă, fiind o lege aplicabilă la un contract unic, în privinţa căruia nu a fost până acum rezolvată de justiţie nici o chestiune juridică, nu se poate zice că s-au ivit dificultăţi de interpretare, care să fi pus în poziţie pe legiuitor a clarifica sensul legei; (...) legea din 18 Decembrie 1911 nu este în realitate interpretativă". Vezi şi Tribunalul comercial Ilvof, Sentinţa nr. 623 din 7 mai 1912, Curierul Judiciar nr. 40 din 27 mai 1912, p. 472.

[11] Jean-Pierre Le Goff, *La démocratie post totalitaire*, La Découverte, Paris, 2002.

ceea ce priveşte mijloacele juridice de acţiune

Ca să înţelegem mai bine această idee să luăm un exemplu: analiza făcută de C.C. în ceea ce priveşte reducerile drepturilor salariale. Ea se bazează pe ideea că securitatea naţională, cauză invocată de Guvern în temeiul art. 53C, cuprinde securitatea economică şi că aceasta presupune ca executivul să poată echilibra bugetul prin reducerea cheltuielilor, deci prin reducerea salariilor.

Curtea analizează conceptul de securitate naţională utilizând considerente economice. Deci ea consideră conceptul din punctul de vedere al unui sistem deschis. Or, ceea ce trebuia să facă este să ia în considerare cauza economică a măsurilor guvernamentale: criza economică mondială, dar apoi să analizeze restrângerea exerciţiului unor drepturi din punct de vedere juridic, adică în cadrul unui sistem închis. Ea face însă alegeri economice, considerând că Guvernul trebuie să ia *o anumită măsură economică*. Analiza juridică a problemei presupunea admiterea crizei ca o cauză extrajuridică, dar analiza constituţionalităţii restrângerii în cadrul sistemului juridic, adică bazându-se doar pe consideraţii juridice, deci într-un sistem care se închide în el însuşi şi îşi reglează singur producerea. Deci ar fi trebuit să definească securitatea naţională din punct de vedere juridic, având în vedere finalitatea ei: protecţia juridic adecvată a drepturilor şi libertăţilor persoanei. Apoi să analizeze dacă legiuitorul invoca această cauză pentru a proteja un alt drept sau libertate fundamentală a persoanelor, dacă măsura era necesară într-o societate democratică, proporţională cu scopul urmărit etc., aşa cum o obligă art. 53C. Pentru că nu a făcut analiza din punctul de vedere al autoproducerii sistemului juridic, oricine o poate acuza de partizanat: de ce Guvernul, care invoca ineficienţa colectării impozitelor constatată de F.M.I. şi U.E., nu a ales măsura eficientizării colectării veniturilor la buget?

Ceea ce importă din punctul de vedere al acestui studiu este că analiza constituţionalităţii unei norme trebuie să fie doar juridică, fără a opera analize economice sau de altă natură extrajuridică, adică o analiză a restructurării sistemului normativ în cadrul unui sistem închis, opac la consideraţiile extrajuridice. Cauzele extrajuridice sunt teza, antiteza juridică trebuie însă construită în raport de finalitatea măsurii, aşa cum bine dispune art. 53C, iar analiza acestei noi realităţi normative, care tinde să schimbe realitatea socială existentă, trebuie să fie juridică, deci în cadrul unui sistem autoproductiv.

d. Restructurarea juridică trebuie considerată un sistem deschis în ceea ce

priveşte stabilirea finalităţilor

Stabilirea finalităţilor noului sistem normativ trebuie să fie bazată pe o redeschidere a sistemului. Dacă analiza măsurilor în ceea ce priveşte necesitatea şi proporţionalitatea acestora trebuie să fie făcută în cadrul unui sistem închis în propria juridicitate, stabilirea scopurilor în raport cu care se face această reorganizare trebuie să fie făcută metajuridic. Ceea ce importă din punct de vedere juridic în această determinare metajuridică este neutralitatea procedurii de alegere a scopurilor. Deci, în exemplul de mai sus, C.C. ar fi trebuit să analizeze doar condiţia neutralităţii, adică să decidă dacă guvernaţii, care aveau mai multe posibilităţi de acţiune în vederea atingerii scopului propus, au ales una dintre ele după o procedură clară şi neutră din punct de vedere ideologic, determinarea în concret a scopurilor nefiind de competenţa ei.

e. Restructurarea juridică trebuie să asigure adecvarea mijloacelor de acţiune organică cu principiul ordonator al sistemului normativ

O restructurarea a sistemului normativ care nu determină mijloacele organice de acţiune în vederea transpunerii practice a sistemului normativ este doar o mimare a restructurării. De exemplu, punerea în vigoare a noului Cod civil fără restructurarea sistemului organelor judiciare în mod adecvat în raport cu noile instituţii juridice este nu doar ineficientă, ci şi periculoasă.

Această restructurare organică trebuie să fie făcută în aşa fel încât principiul ordonator nou, care dă seama de validitatea noului sistem normativ, să poată fi eficient, ceea ce presupune că restructurarea juridică trebuie să asigure adecvarea mijloacelor organice de acţiune cu finalitatea metajuridică a sistemului şi să asigure ierarhizarea acestor mijloace de acţiune.

§3. Mimarea restructurării juridice la nivel constituţional în România

România cere restructurarea. Cererea îmbracă forma unei reforme permanente. În toată această frenezie normativă, Constituţia părea stabilă. Prima dată s-a motivat că trebuie schimbată pentru că altfel nu putem intra în Europa. Nu cred că era necesară o revizuire pentru a obţine intergarea

europeană[12]. La cinci ani de la această primă revizuire, s-a spus, de către o comisie prezidenţială[13], că ar trebui revizuită încă odată. Motivul ar fi fost funcţionarea defectuoasă a sistemului. Coabitarea între un guvern bazat pe un partid şi un preşedinte sprijinit de un alt partid îi făcea pe români să creadă că sistemul chiar nu funcţionează. Cu câteva luni în urmă, Preşedintele României iniţia revizuirea Constituţiei. Proiectul nu are mari legături cu raportul Comisiei de acum câţiva ani. Motivul este de asememea lipsa de eficienţă a sistemului, dar de data aceasta ţinta nu mai este guvernul, ci parlamentul, care, fiind bicameral, îngreunează legiferarea, adică reforma permanentă. Pentru a acredita clar ideea unicamerismului, Preşedintele a organizat un referendum prin care populaţia a îmbăţişat frenetic ideea.

Problema este dacă aceste restructurări ale sistemului constituţional, realizate sau doar proiectate, respectă principiile restructurării enunţate mai sus.

Restructurările sistemului constituţional trebuie să privească echilibrele macrojuridice. Desigur, când este vorba de revizuirea Constituţiei acest caracter pare îndeplinit *a priori*, căci este vorba de modificarea cadrului general de producere a sistemului juridic. Raportat la sistemul juridic în ansamblu, caracterul macrojuridic al restructurării constituţionale este într-adevăr evident. Dar nu ar trebui ca raportarea să se facă la constituţia însăşi ca sistem? Eu cred că da. Iar acest lucru înseamnă că restructurarea trebuie să ţintească refacerea unui dezechilibru *constituţional* real şi relevant.

Până acum, revizuirea Constituţiei României nu a îndeplinit prima condiţie. Când am procedat la revizuire în 2003 am avut în vedere integrarea europeană şi euro-atlantică. Nu exista însă nici o contradicţie reală între Constituţia României şi această integrare. Ea era perfect posibilă şi fără revizuire. Unele aspecte ale revizuirii au privit introducerea unor noi drepturi fundamentale, cum ar fi libertatea economică. Dar aceasta era uşor derivabilă

---

[12] **D. C. Dănişor,** *L'utopie constitutionnalisé : commentaires en marge de la révision de l'art. 1 alin. 3 de la Constitution roumaine,* în *Utopies : Entre droit et politique. Etudes en hommage à Claude Courvoisier*, Textes rassemblés par **Patrick Charlot**, Editions Universitaires de Dijon, 2005, p. 271-292 ; **D. C. Dănişor,** *Despre posibilele consecinţe ale constituţionalizării tradiţiilor democratice ale poporului român şi idealurilor Revoluţiei din 1989*, Revista de Drept Public nr. 1/2007.

[13] Raportul Comisiei Prezidenţiale de Analiză a Regimului Politic şi Constituţional din România, subintitulat „Pentru consolidarea statului de drept" este disponibil pe site-ul Preşedinţiei României.

prin interpretare din dispoziţiile constituţionale existente. Deci revizuirea nu era cu adevărat necesară. Introducerea egalităţii de şanse între femei şi bărbaţi nu răspundea niciunei cerinţe sistemice reale. Pentru că, în primul rând, Constituţia fusese deja interpretată de Curtea Constituţională în sensul că egalitatea înseamnă drept la diferenţă, ceea ce ar fi atras oricum după sine judecarea caracterului relevant al diferenţei de situaţie între bărbaţi şi femei şi admiterea discriminărilor pozitive, şi, în al doilea rând, pentru că problema egalităţii de şanse garantată femeilor nu fusese ridicată practic de către nimeni, cum nu a fost nici de atunci, spre deosebire de sistemul francez, care a provocat reacţia mimetică, în care legiuitorul încercase fără succes, datorită politicii jurisprudenţiale a Consiliului constituţional, să introducă o discriminare pozitivă a femeilor în domeniul electoral. Revizuirea Constituţiei sub acest aspect nu era deci relevantă. În ceea ce priveşte echilibrele instituţionale, s-a reconfigurat bicamerismul, dar revizuirea a dus la un sistem mai puţin coerent decât înainte, ceea ce făcut corpul electoral să dezavueze sistemul, răspunsul acestuia la referendumul din 2009 fiind clar. Introducerea unor instituţii noi, cum ar fi moţiunea siplă, care nu are practic nici o configuraţie juridică reală, nu a dus la nici un rezultat. Introducerea competenţei C.C. de soluţinare a conflictelor de natură constituţională dintre autorităţile publice a dus mai degrabă la politizarea Curţii decât la eliminarea disfuncţionalităţilor sistemice. Şi exemplele ar putea continua. Restructurarea constituţională din 2003 nu au avut ca finalitate corectarea disfuncţionalităţilor sistemice şi de aceea nu a fost o restructurare reală. Motivul este că fie nu a existat un dezechilibru constituţional real, fie mijloacele alese pentru coreactarea unuia real nu au fost adecvate scopului propus.

Revizuirea vizată de Raportul Comisiei prezidenţiale amintit mai sus pornea de la o altă presupusă disfuncţionalitate conjuncturală: coabitarea. Dar aceasta nu este o disfuncţionalitate generată de sistemul normativ, ci de persoanele care ocupau funcţiile de Preşedinte şi de prim-ministru. Dovada este uşor de găsit: proiectul de lege de revizuire iniţiat de acelaşi Preşedinte în 2011 nu mai are în vedere corectarea acestui presupus dezechilibru decât în mod tangenţial.

Cât priveşte Proiectul de lege de revizuire, acesta găseşte central un alt presupus dezechilibru: îngreunarea legiferării datorită organizării bicamerale a Parlamentului. Cum vom arăta într-un studiu distinct din acest volum, acest

mod de a înţelege problema este greşit. Legile nu trebuie să fie dese, ci rare şi bune, iar presupusa lipsă de eficienţă a legislativului este de fapt o garanţie a libertăţii persoanelor, pentru că garantează siguranţa lor juridică.

Caracterul proiectiv al unei restructurări juridice constituţionale nu a fost nici el clar niciodată în cei 20 de ani de la adoptarea Constituţiei. În 2003 poate fi extrasă o direcţie liberală din temele revizuirii, dar aceasta nu este deloc transpusă coerent din punct de vedere normativ. Filosofia care ar trebui să stea la baza propunerilor mai noi de revizuire este inexistentă. Nu se poate discerne nici un proiect clar de societate care ar necesita un tip şi nu altul de amenajare constituţională. Iar în ceea ce priveşte transcenderea idelogiilor particulare printr-o procedură de arbitraj între ele, în afară de recurgerea la corpul electoral, de altfel total nepregătit, putem spune că lipseşte la rândul ei.

Restructurarea constituţională ar fi trebuit să asigure adecvarea mijloacelor de acţiune organică cu principiul ordonator al sistemului normativ. Dar acest lucru nu s-a întâplat întotdeauna până acum. De exemplu, introducerea competenţei C.C. de soluţionare a conflictelor juridice de natură constituţională nu este coordonată cu determinarea organelor competente să sesizeze Curtea, căci organele comunităţilor teritoriale nu au această competenţă.

Concluzia nu poate fi decât una: cum revizuirile produse sau preconizate nu respectă principile restructurării juridice, această restructurare a fost şi este mimată la nivel constituţional din motive conjuncturale. Ceea ce înseamnă că disfuncţionalităţile sistemului constituţional nu sunt cu adevărat rezolvate printr-o astfel de pretinsă restructurare, căci ea tratează efectele, nu cauzele. Iar aceste cauze sunt situate la nivelul mentalităţii colective, sunt deci extrajuridice.

Secţiunea 2. Sistemul de partide nu este structurat

A doua cauză metajuridică a disfuncţionalităţii sistemului constituţional este lipsa de structurare reală a sistemului partizan. Se pare că sistemul partizan actual este unul care poate fi perceput uşor ca un sistem cu un singur partid în cadrul căruia există mai multe facţiuni, căci partidele nu fac decât să se războiască pe marginea unor probleme conjuncturale şi aproape niciodată a unora fundamentale.

Ceea ce frapează chiar de la prima vedere în cazul sistemului românesc de partide este lipsa temelor de dezbatere. Toate par să fie conjuncturale, iar

soluţiile propuse pompieristice. Cauza nu trebuie căutată în doveditul gust al românilor pentru scandaluri inconsistente şi discuţii televizate, care îmi aduc aminte de conversaţiile purtate de femeile satului copilăriei mele pe buza şanţului, cu predilecţie despre strigoi, chiar în pragul serii, ci în lipsa de ideologie a partidelor şi în lipsa clivajelor sociale fundamentale care ar trebui să structureze sistemul de partide pentru a putea polariza electoratul.

Apetitul pentru dezideologizarea partidelor este istoric explicabil. În 1989 electoratul nu era deloc pregătit pentru alte ideologii decât cea promovată de fostul partid comunist român ca marxistă şi care, de fapt, nu avea nici o legătură cu Marx. Domnul Ion Iliescu şi grupul pe care îl coordona au înţeles imediat acest lucru. Consecinţa era logică: structura teritorială era mai importantă decât ideologia, în condiţiile în care electoratul nu avea nici pregătirea, nici apetitul pentru a o înţelege pe aceasta din urmă. Astfel a luat naştere o formaţiune revoluţionară care urma structura statului şi a partidului comunist. Aceasta se va transforma apoi în partidul care va domina România ani buni şi decisivi pentru noua şi ezitanta democraţie românească. După construirea structurilor F.S.N.–ului ca structuri teritoriale ale puterii publice şi pe criteriul locului de muncă, prin Decretul-lege nr. 8 din 31 decembrie 1989, a fost interzis celorlalte partide să mai utilizeze acest ultim tip de încadrare. Aceste partide au încercat să reînnoade tradiţia partidelor româneşti antebelice, dar au constatat că dezbaterea ideologică nu ajunge la electorat, că acesta este opac. Cum nu aveau structuri comparabile cu ale F.S.N., au trebuit să se alieze toate pentru a reuşi să câştige alegerile. Aceasta a dus la o atenuare a diferenţelor ideologice dintre ele şi la o guvernare de largă coaliţie, care a fost percepută de populaţie ca un şir lung de ezitări negociate. Ideologia fusese astfel condamnată. Momentul structurării unui sistem de partide fusese ratat datorită conjuncturii care punea forma deasupra conţinutului, pe motivul eficienţei electorale. Ne-am trezit astfel cu un sistem de partide care imită clivajele[14] occidentale şi împrumută denumirile de

[14] Prin «clivaj» se înţelege un conflict care reprezintă o fractură socială profundă, distinctă de conflictele conjuncturale legate de un eveniment, un conflict structural, care se instituţionalizează, se «solidifică». Vezi **D.-L. Seiler,** *Partis et familles politiques*, P.U.F., Paris, 1980 ; **D.-L. Seiler,** *Les partis politiques,* Armand Colin, Paris, 2000; **D.-L. Seiler,** *L'Actualité de l'approche des partis politiques en terme de clivages socio-politiques*, în *Les partis politiques. Quelles perspectives?,* sous la direction de **Dominique Andolfatto, Fabienne Greffet, Laurent Olivier, L'Harmattan,** Paris, 2001.

acolo, dar care nu are suportul social necesar, căci acele clivaje nu au niciun sens în România. Un astfel de sistem de partide nu are cum să dezbată ceva consistent, pentru că nu găseşte acele teme *româneşti* care ar putea polariza electoratul, iar acesta nu înţelege miza temelor împrumutate din occident şi care nu au sens la noi.

Sistemul occidental de partide este structurat în jurul a patru falii sociale fundamentale, care au dus la o polarizare a opiniilor atât de consistentă şi de radicală încât aceste opinii s-au transformat în ideologii, iar confruntarea dintre ele s-a permanentizat. Aceste falii sunt rodul unor revoluţii sociale succesive care au zguduit fundamentele societăţii. Este vorba de patru clivaje: proletari/posedanţi, stat/biserică, urban/rural şi centru/periferie. Ideologiile partidelor occidentale, ca şi denumirile lor, împrumutate de regulă şi la noi, urmează o logică a situării de o parte sau de alta a acestor clivaje. În cazul partidelor româneşti, nu există o clarificare a poziţiei lor pe aceste clivaje, ele tinzând să se situeze la centru, adică nici de o parte, nici de alta, ceea ce creează o ambiguitate care derutează electoratul şi uniformizează oferta electorală. Centrul nu există în mod normal decât ca un compromis conjunctural, de regulă pentru a construi o alianţă în vederea guvernării, când nu poate exista o majoritate ideologic coerentă. De regulă partidele trebuie să se decidă de ce parte a clivajului se situează. La noi acest centru s-a permanentizat datorită lipsei de orientare ideologică a partidelor şi datorită necesităţii, impusă opoziţiei, de a alia toate partidele pentru a putea învinge partidul dominant. Lipsa ideologiei are iniţial, cum am văzut, o explicaţie conjuncturală, dar motivul pentru care nu s-a reuşit ideologizarea partidelor timp de 20 de ani este mai profund. El ţine de lipsa de funcţionalitate a clivajelor occidentale în România. Ne vom apleca puţin asupra acestei probleme.

Primul clivaj este între proletari, adică cei care îşi câştigă mijloacele de existenţă din vânzarea forţei lor de muncă, şi posedanţii mijloacelor de producţie. Partidele care se situează de partea proletarilor sunt iniţial denumite socialiste, iar cele care sunt situate de partea posedanţilor sunt calificate generic la început ca liberale. Apariţia socialismului care neagă fundamentele democraţiilor de tip occidental şi a partidelor care îl adoptă ca ideologie, calificate drept comuniste, despre care s-a spus cu îndreptăţire că nu se mai situează la stânga, ci la Est, face ca partidele socialiste care rămân fidele valorilor democraţiei liberale să se declare social-democrate. La noi există în mod clar partide care se declară astfel. Situarea de partea posedanţilor este

posibilă într-o democraţie, într-o societate care depinde deci de votul universal, doar dacă există o clasă care deţine nu doar mijloacele de producţie, ci şi conştiinţa că trebuie să acţioneze spre binele public şi care este capabilă să creeze unei părţi consistente a opiniei publice ataşamentul faţă de ideea că oamenii bogaţi fac averi nu doar pentru binele lor, ci şi pentru binele celor care muncesc pentru ei. La noi au existat astfel de partide încă de la Revoluţie. Dar clivajul care alimentează această polarizare fundamentală a partidelor occidentale nu putea fi funcţional în România post-comunistă şi nu este funcţional nici astăzi. Astfel, în 1989 eram în mod cert toţi proletari. Iar cei care au venit din străinătate, unde plecaseră forţaţi de instaurarea comunismului, nu au avut nicio şansă de a câştiga un electorat care nu putea înţelege averea decât ca pe un furt. Cred că toată lumea îşi mai aminteşte reproşul fundamental care le era făcut: nu mâncaseră, ca noi, salam cu soia! Nu putea fi vorba de partide de dreapta într-un asemenea climat social.

La peste 20 de ani de la Revoluţie acest clivaj nu este încă funcţional, deşi o clasă posedantă incipientă există. În primul rând nefuncţionalitatea vine din cultivarea mentalităţii că averile mari nu pot fi făcute decât prin furt şi că orice tip de conducere a celor bogaţi este o «oligarhie». Oligarhii, mogulii, baronii … sunt ţinta permanentă a autoproclamaţilor salvatori ai naţiunii şi ai presei care îi urmează, orbită de nivelul audienţei pe termen scurt. Partidele de dreapta trebuie să facă astfel un pilotaj periculos printre temele proletare, iar dezbaterea care ar trebui făcută cu privire la rolul clasei posedante în societate nu există de teama recurentă a acuzaţiilor de instaurare a «oligarhiei». Discursul de extremă stângă a devenit în aceste condiţii atât de firesc în România încât nu mai miră pe nimeni. Astfel, liderul unui partid care se declară de dreapta vorbea nonşalant, în calitate de Prim Ministru, de impozitarea veniturilor de peste 9000 de RON cu 90%. Un astfel de discurs ar şoca până şi pe cel mai înverşunat comunist occidental. La noi pare firesc.

În al doilea rând, lipsa de funcţionare a clivajului vine din cultivarea ideii că partidele care ar trebui să se poziţioneze pe acest clivaj sunt toate oligarhice şi a concluziei, logic necesară în conjunctura psihologică dată, că toate sunt «rele». Ce ar trebui făcut? În această logică trunchiată, ar trebui ca rolul partidelor în democraţie să scadă. De altfel, aceasta este logica subsecventă discursului Preşedintelui României şi al Comisiei pe care domnia sa a înfiinţat-o şi al cărei raport a constituit pretextul iniţial al acestui eseu. Paşi importanţi în

structurarea sistemului electoral, dovediţi deja nefundamentaţi cum se cuvine, au fost făcuţi chiar de guvernul liberal, care era ţinta primă a propagandei anti-oligarhice, pornind de la această logică a democraţiei care se teme de partide, deşi nimeni nu a putut până acum să o gândească în lipsa acestora.

Un sistem de partide structurat pe primul clivaj nu pare deci posibil în România, cel puţin atâta vreme cât clasa posedantă este privită ca o adunătură de hoţi care, cum se exprima o persoană care a ajuns la un moment dat în turul al doilea al alegerilor prezidenţiale, ar trebui executaţi pe stadion. Avem aşadar, la nivelul denumirilor şi al declaraţiilor, partide care ideologic s-ar situa pe poziţia proletarilor şi partide care s-ar situa pe poziţia posedanţilor mijloacelor de producţie, dar nu am reuşit să construim mentalitatea necesară existenţei acestor ultime partide. Educaţia lipseşte. De vină este sistemul învăţământului public, care mimează studierea economiei politice sau a politicii economice, ca a şi filosofiei, nemaivorbind de drept, care lipseşte cu totul din programa educaţiei obligatorii, şi partidele însele, care nu sunt capabile să facă o astfel de educare a electoratului, deşi aceasta ar trebui să fie una dintre funcţiile lor fundamentale. Impulsul primit de sistemul constituţional dinspre acest prim mod de structurare a sistemului politic este deci nefuncţional. De vină nu este însă Constituţia, ci educaţia.

Cel de al doilea clivaj occidental, care structurează acolo sistemul de partide, asigură polarizarea electoratului şi dă astfel un impuls consistent sistemului constituţional, este cel între stat şi biserică. Nu este vorba, cum cred unii, că unele partide sunt creştine şi altele nu. Este vorba de admiterea rolului politic al bisericii sau de negare a acestuia. Partidele creştin-democrate tind să admită că biserica are un rol politic, în timp ce cele laice consideră că biserica trebuie separată de politică, că aceasta trebuie să se ocupe de salvarea sufletelor, de problemele lumeşti ocupându-se statul. Partidele laice nu sunt anticreştine, ci doar se opun rolului politic pe care clerul l-a jucat atât de decisiv o bună bucată de timp în Europa occidentală.

Şi aici partidele româneşti au intrat într-un joc mimetic inconsistent. Partidele au început să se declare creştin democrate. Dar clivajul care să susţină această pretinsă polarizare nu există în România. Biserica nu a avut la noi niciodată un rol politic suprastatal, precum Biserica catolică în occident. Nu există, de aceea, nici un curent clerical, nici unul anticlerical. La noi biserica este privită de cei mai mulţi oameni ca un fel de instituţie publică a naţiunii, chiar dacă nu a statului. Când se sondează încrederea oamenilor în instituţii,

biserica este la un loc cu Parlamentul, Guvernul sau instanţele. Şi asta nu pare să mire pe nimeni. Pe de altă parte, când religia este studiată obligatoriu în şcoli, invocarea laicităţii statului şi a învăţământului public[15] este atât de inconsistentă încât practic frizează ridicolul, deşi aceeaşi temă, chiar mai puţin pregnantă în fapt, a stârnit în Franţa dezbateri interminabile şi lupte «la baionetă». În acest context, ce ar putea veni dinspre sistemul de partide structurat pe acest clivaj către sistemul constituţional? Evident, nimic. Partidul Naţional Ţărănesc – Creştin Democrat nu a reuşit să stârnească pe nimeni pe tema rolului bisericii sau al religiei în viaţa publică. Este, cred, unul dintre motivele eşecului său. El s-a situat pe două clivaje nefuncţionale, căci opoziţia urban/rural nu este nici ea funcţională în România. Efortul unor intelectuali de a începe o dezbatere situată pe această temă fundamentală a lăsat publicul rece. Reacţiile, situate în acest context, au devenit chiar puţin ridicole, căci unii politicieni au început să afirme, pentru a se revendica de la un filon creştin-democrat, că vor intra cu crucea înainte în Europa.

Cel de al treilea clivaj este între cultura urbană, progresistă şi cea rurală, tradiţionalistă. În România această polarizare a funcţionat până la al doilea război mondial. Era logic atunci să avem un partid ţărănesc. Apoi satul a fost distrus, fără ca societatea să fie capabilă să dezvolte o autentică cultură urbană. Industrializarea forţată practicată de comunişti a dus la depopularea satelor. Oraşele au crescut brusc, într-un mod haotic şi fără a oferi oamenilor condiţii cu adevărat «urbane» de trai sau de cultură. Revoluţia ne-a găsit în situaţia de a nu mai avea ţărănime, ci muncitori care locuiesc la sate. Nici orăşeni nu aveam, ci ţărani smulşi din sat şi cazaţi la bloc; un bloc care semăna cu un lagăr. Astăzi una dintre jignirile cele mai profund resimţite de români este aceea de a fi făcut «ţăran». Uneori o întrece cea de a fi făcut «filozof», aceea pe care o clamau în fond muncitorii bucureşteni în 1990 când scandau «noi muncim, nu gândim!». Partidele nu aveau şi, din păcate, nu au nici acum cum să polarizeze electoratul pe tema opţiunii între viaţa tradiţională şi cea urbană. Nu există nici de o parte, nici de alta o comunitate bazată pe valori clar definite. În aceste condiţii, Partidul Ţărănesc a rămas fără temă de dezbatere, iar partidul social democrat a fost atacat cu spor prin acuzaţii, concepute ca jignitoare, că se bazează pe

[15] Pentru analiza problemei laicităţii în jurisprudenţa recentă a Curţii europena a drepturilor omului vezi Dragoş Efrim şi Ciprian Cioroianu, Pandectele române nr. p.

România rurală, înapoiată adică. Exact cum spuneam: este jignitor în România atât să fii ţăran, cât şi să te sprijini pe ţărani. Încă odată sistemul de polarizare atât de bine structurat în occident rămâne la noi vid de orice înţeles. Denumirile partidelor bazate pe această opoziţie între sat şi oraş sunt fără înţeles pentru electorat.

În fine, al patrulea clivaj occidental, care ar trebui să funcţioneze şi la noi, este cel între centru şi periferie. Această temă fundamentală polarizează partidele şi electoratul occidental în ceea ce priveşte tipul de devoluţiune verticală a puterii între centru şi comunităţile locale. Dezbaterea trebuie să ducă la alegerea între statul unitar - centralizat, deconcentrat, descentralizat sau regionalizat – şi statul federal. În România acest clivaj este pervertit de fiecare dată în opoziţia dintre majoritatea etnică română şi minoritatea maghiară concentrată într-o parte a teritoriului. Orice dezbatere despre autonomia locală îi face pe români să se gândească la secesiunea teritoriilor în care există o majoritate sau o populaţie maghiară consistentă. Descentralizarea administrativă este astfel inexistentă după 20 de ani. Toate partidele româneşti sunt centraliste. Sistemul normativ are el însuşi o teamă aproape patologică de federalism sau de regionalizare[16]. Astfel, statul unitar nu poate face obiectul unei revizuiri, unităţile teritoriale sunt declarate de Constituţie ca fiind «administrative», iar din enumerarea lor constituţională lipsesc regiunile. Nu avem ce dezbate, căci nu putem decât să intrăm în tehnicismul mijloacelor de descentralizare administrativă. Partidele îşi umflă muşchii centralişti şi autoritarişti la fiecare proces electoral, pentru a-i câştiga, de fapt, pe naţionalişti. Construirea unui sistem de partide polarizat pe această temă este practic imposibilă. Legea partidelor însăşi interzice practic regionalizarea reprezentării politice, încălcând principiul egalităţii, indiferent de ce crede Curtea Constituţională[17], căci încalcă frontierele simbolice care sunt percepute

[16] Despre posibilele consecinţe ale ataşamentului excesiv faţă de statul naţional unitar, vezi **D. C. Dănişor,** *La Roumanie entre l'Etat national et les droits collectifs des minorités nationales,* în *Continuité et transformations de la nation*, sous la direction de **P. Charlot, P. Guenancia et J.-P. Sylvestre**, Editions Universitaires de Dijon, 2009, p. 99- 109.

[17] **Decizia nr. 35/1996**, publicată în M. Of. nr. 75 din 11 aprilie 1996 şi **Decizia nr. 147/1998**, publicată în M. Of. nr. 85 din 1 martie 1999. **D. C. Dănişor,** *Constituţia României comentată. Titlul I – Principii generale*, Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 276-277.

subiectiv ca departajând cel mai accentuat etnia maghiară de cea română[18], adică teritoriul dominat de maghiari în Transilvania, prin faptul că nu permite înregistrarea partidelor decât dacă au cel puţin 25000 de membri, din cel puţin 18 judeţe ale ţării, cel puţi 700 în fiecare judeţ, condiţie de neîndeplinit pentru maghiari şi de altfel pentru orice partid regional.

Vedem că niciunul dintre clivajele care structurează sistemele occidentale de partide nu este funcţional în România. Pentru ca sistemul constituţional să funcţioneze corect, trebuie ca aceste polarizări fundamentale ale societăţii să fie făcute să funcţioneze sau trebuie găsite alte teme fundamentale capabile să dea naştere unei polarizări instituţionale a electoratului în jurul partidelor politice. Altfel, putem să construim orice sistem constituţional la nivel normativ. El nu va avea nicio influenţă asupra funcţionării reale a sistemului.

Neîncrederea în partide este speculată pentru a acredita ideea că democraţia ar trebui să se sprijine direct pe cetăţean, că ar trebui să fie referendară. Numai că electoratul nu poate realiza intensitatea necesară unei reale participări nici măcar la alegerea reprezentanţilor. Când ar fi vorba de decizii tehnice amănunţite, lipsa educaţiei politice şi juridice şi lipsa apetitului participativ ar face ca cel care poate declanşa procedura deciziei populare să domine sistemul. Democraţia fără structuri intermediare ar fi rapid convertită în dictatură a celor care pot manipula referendumul[19].

Secţiunea 3. Neînţelegerea mecanismelor fundamentale ale democraţiei

O altă cauză a funcţionării defectuoase a sistemului constituţional este neînţelegerea mecanismelor fundamentale ale democraţiei, atât de către partide, cât şi de către electorat. Democraţia este o societate a conflictului, a dialogului, a negocierii … Noi părem însă să căutăm la nivelul mentalului colectiv unitatea, consensul, iar la nivelul structurilor politice ale societăţii civile, eliminarea adversarului. În România, vrem să construim democraţia fără a înţelege ce este şi fără a face nici un efort de a explica mecanismele democratice celor care ar

[18] Asupra noţiunii de etnie, vezi **D. C. Dănişor**, *Drept constituţional şi instituţii politice*, C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 294-296; Asupra noţiunii de origine etnică **D. C. Dănişor,** *Constituţia României comentată. Titlul I – Principii generale*, op. cit., p. 176-178. Asupra noţiunii de identitate etnică, **idem**, p. 225-228.

[19] Vezi Referendumul şi democraţia, Revista de Ştiinţe Juridice nr. 1/2011(număr tematic).

trebui să fie motorul ei: cetăţenii, nici măcar la un nivel elementar. Problema esenţială este şi de această dată educaţia. Trebuie mai întâi de toate să facem oamenii să înţeleagă până unde poate merge conflictul într-o democraţie şi până unde putem împinge pretenţia consensului. Deocamdată am avut parte mai întâi de o exacerbare a valorii consensului naţional şi apoi de o exacerbare a conflictului permanent, care ne-au făcut să gândim că democraţia este ba o unitate de monolit în jurul unui partid, a statului şi a unui conducător, care impun ordinea, ba o societate haotică, lipsită de coerenţă, aproape fără reguli obligatorii, ceea ce ne-a condus finalmente la aceeaşi exacerbare a necesităţii de unitate şi de autoritate. Contra realităţii unei democraţii şchioape şi haotice, am început să construim ideea unei democraţii autoritare, care ar face ordine, în aşa măsură încât o bună parte dintre noi au răspuns cu nonşalanţă acum câţiva ani că ar prefera dictatura militară unui regim democratic liberal.

§1. Discreditarea corpurilor intermediare

A. Limitele consensului şi conflictului într-o societate pluralistă

Răspunsul decidenţilor politici, în frunte cu Preşedintele, la problemele democraţiei româneşti este că structurile intermediare, mai ales partidele sunt o sursă de conflict, aşa că rolul lor trebuie redus. Depolitizarea mult trâmbiţată are exact acest sens. De fapt însă, aceste structuri intermediare sunt de esenţa democraţiei, iar conflictul promovat de ele este motorul oricărei societăţi liberale. Nu există democraţie fără societate civilă, iar aceasta nu există decât dacă este structurată pluralist şi dacă aceste structuri, care se constituie în centre de influenţă şi de impuls social diverse, sunt independente faţă de stat şi unele faţă de altele.

Consensul poate fi fatal democraţiei. Ca şi guvernarea directă. Or exact aceste lucruri au fost continuu exacerbate în România post-revoluţionară. Dacă un partid susţine o ideologie şi altul alta, ni se spune că nu sunt capabile să determine interesul naţional şi să acţioneze în numele lui. Tragic este că majoritatea românilor o cred. Şi atunci nu ar fi mai bine să guvernăm prin referendum? Puterea poporului este astfel opusă încadrării în partide. Iar poporul nestructurat nu poate decide de fapt nimic. Întrebarea este deci care este limita consensului într-o democaţie şi care este rolul conflictelor ideologice încadrate de partidele politice într-o astfel de societate.

Toată problema unui regim pluralist este „cum se poate ajunge la asigurarea unui echilibru între acordul naţional şi contestarea permanentă". Cu alte cuvinte, care sunt limitele consensului ce poate fi cerut într-o democraţie şi care sunt limitele conflictului pentru ca el să rămână democratic?

Consensul democratic nu este orice consens. Există o limită maximă a acordului pentru ca el să rămână democratic, căci consensul nu trebuie să sufoce pluralismul. Pentru ca acesta din urmă să subziste consensului, trebuie ca nicio doctrină morală sau comprehensivă să nu devină fundament unic al politicului. Intensitatea consensului nu trebuie să distrugă pluralismul ideologic. Diversitatea doctrinelor - «faptul pluralismului» - „nu este o simplă condiţie istorică care trebuie să dispară rapid; dimpotrivă, este, cel puţin eu o cred, o caracteristică permanentă a culturii publice a democraţiilor moderne"[20]. Consensul nu poate avea deci ca obiect în democraţie baza ideologică a societăţii. Democraţia se bazează tocmai pe punerea în discuţie a acestei baze. Consensul nu poate duce, când el are acest obiect, decât la totalitarism. Ceea ce propune J. Rawls pare atunci logic: consensul nu poate rezulta decât pe baza unor idei care transgresează toate doctrinele comprehensive. Rezultă un consens prin redecupare, care „există într-o societate când concepţia politică a justiţiei care guvernează instituţiile sale de bază este acceptată de fiecare din doctrinele comprehensive, morale, filosofice şi religioase care durează în această societate de-a lungul generaţiilor"[21].

Un al doilea obiect al posibilului consens îl reprezintă regimul. Este vorba de un consens procedural. Pentru a fi în prezenţa unei democraţii, un consens trebuie să se producă asupra regulilor de soluţionare a conflictelor. Prima regulă este că soluţionarea conflictelor trebuie să fie paşnică. A doua regulă este regula majorităţii a cărei putere este limitată de drepturile minorităţilor. Doar acordul asupra acestor reguli face dezacordul posibil şi preferabil în democraţie, perpetuarea acestui dezacord, ca trăsătură distinctivă a democraţiei, fiind un aspect al consensului procedural. Consensul asupra procedurilor este astfel o condiţie *sine qua non* a democraţiei.

În fine, consensul ar putea purta asupra politicilor şi guvernelor. În democraţie guvernarea este făcută prin discutarea acestor politici şi prin

[20] J. Rawls, *Justice et démocratie*, Seuil, Paris, 1993, p. 251.
[21] Idem, p. 245-283.

contestarea guvernanţilor de o parte din demos. Dar un consens există totuşi: un consens asupra ideii că dezacordul trebuie să poarte doar asupra politicilor de urmat şi a persoanelor care guvernează şi nu asupra formei de guvernare înseşi. Concluzionând, putem spune că limitele consensului sunt date de faptul că doar procedurile pe care le putem utiliza pentru a putea să fim de acord că nu suntem de acord pot face obiectul unui consens autentic.

Or, la noi consensul este înţeles ca un consens substanţial nu ca unul procedural. De aceea orice conflict ideologic sau moral pare o disfuncţie. De aceea partidele însele, care ar trebui să înţeleagă faptul elementar al pluralismului ideologic şi proceduralizarea conflictului dintre ele, se situează toate la centru, adică într-o zonă de evitare a conflictelor substanţiale. Pe de altă parte, ele concep raportarea la celelalte partide ca pe o posibilitate de anihilare a acestora. Depăşirea limitelor consensului şi ale conflictului face astfel democraţia nefuncţională.

B. Referendumul contra democraţiei? – Despre tensiunile dintr-un cuplu ce părea inseparabil

O altă cauză a extrajuridică a disfucţionalităţii sistemului constituţional românesc actual este neînţelegerea raporturilor reale dintre referendum şi democraţie.

Democraţia şi referendumul par două realităţi de neseparat. Totuşi, uneori referendumul poate fi nedemocratic. Deşi poate părea paradoxal, acest divorţ poate fi probat prin analiza făcută evoluţiei contemporane a modului în care referendumul este utilizat.

Realitatea politică românească actuală o probează. Ea este caracterizată prin recurgerea din ce în ce mai frecventă la referendum, discreditarea reprezentării şi a corpurilor intermediare, mai ales a partidelor politice, şi absolutizarea puterii poporului.

Temele enumerate mai sus nu sunt noi. Ele se regăsesc deja în filosofia politică a lui Rousseau. Actualitatea acestei filosofii este evidentă, dacă avem în vedere că în societatea românească se face din ce în ce mai des şi din ce în ce mai multe direcţii apel la întoarcerea la popor, la democraţia directă. De asemenea, punerea sub semnul întrebării nu doar a calităţii reprezentanţilor dintr-un moment, ci a principiului reprezentării însuşi, face ca demersul lui Rousseau să fie deosebit de relevant. Partidele, fără de care democraţia nu părea

să mai fie conceptibilă, sunt blamate din toate părţile, chiar şi de liderii lor. Atitudinea nu poate fi doar conjuncturală şi determinată de oportunismul electoral. Ea trădează, exact ca în filosofia rousseauistă, o neîncredere de principiu faţă de corpurile interpuse între cetăţean şi voinţa generală. Dar, deşi temele sunt reluate, fondul răspunsului lui Rousseau la acestea este denaturat[22].

Nu este nimic nedemocratic în principiul deciziei populare directe. Dar cu condiţia ca cetăţenii să fie informaţi corect şi să aibă aptitudinile intelectuale, formate prin educaţia publică, necesare trierii informaţiei şi construirii unei decizii raţionale. Informarea cetăţeanului în cadrul unei proceduri referendare nu este însă uşor de realizat. Este vorba de o situaţie de comunicare deosebit de complexă şi, de cele mai multe ori, dezechilibrată. Iar sistemul nostru educaţional şi informaţional nu corectează în nici un fel acest dezechilibru, ceea ce face ca recursul la popor să poată avea consecinţe ditre cele mai periculoase[23].

Răspunsul electoratului nu este cu necesitate nici raţional, nici democratic, nici juridic valid. Corpul electoral poate fi uşor manipulat sentimental, poate deveni el însuşi tiranic, poate decide împotriva interesului general şi poate încălca flagrant Constituţia. Astfel de decizii pot afecta într-un mod aparte drepturile persoanelor. De exemplu, un sondaj de opinie realizat anul trecut, arată că dacă electoratul ar fi chemat să răspundă la un referendum privind reintroducerea pedepsei cu moartea, peste 90% dintre votanţi ar decide favorabil. Or, este evident că o astfel de decizie ar fi contrară atât Constituţiei României, cât şi tratatelor internaţionale privind drepturile omului la care România este parte. Desigur, ipoteza este o ficţiune. Dar ea atrage atenţia asupra unui aspect relevant, care face sondajul îngrijorător: lipsa unui control real al constituţionalităţii actelor de declanşare a referendumului sau a rezultatelor acestuia. Utilizarea procedurii referendare în unul dintre sistemele europene considerate modele pentru democraţia directă, cel elveţian, pentru a introduce măsuri de politică penală contrare drepturilor fundamentale, prin iniţiativele populare privind «internarea pe durata vieţii a delincvenţilor sexuali sau violenţi judecaţi foarte periculoşi şi irecuperabili»[24], «imprescriptibilitatea

22

23

[24] Acceptată prin votul popular din 8.02.2004.

acţiunii penale şi a pedepsei pentru autorii actelor de ordin sexual sau pornografic asupra copiilor minori»[25] şi «expulzarea criminalilor străini»[26], o probează. Utilizarea referendumului în materia politicilor penale, având în vedere consecinţele acestora asupra drepturilor fundamentale şi accentuarea în rândul electoratului a derivelor securitare, pare a fi periculoasă[27]. Consecinţa ar trebui să fie limitarea materială a problemelor ce pot forma obiectul unui referendum: de exemplu, prin excluderea problemelor de politică penală sau a celor fiscale[28]. Dar ea nu a fost trasă, cel puţin în România. De altfel, am fost martorii unei tentative a Primului Ministru grec de a supune referendumului problema austerităţii fiscale, ceea ce mă îndreptăţeşte să afirm că problema depăşeşte cert graniţele sistemului nostru politic şi constituţional.

Lipsa controlului real al procedurii referendumului este, în aceste condiţii, foarte periculoasă. Or, poate fi uşor demostrat că mecanismele juridice de control a procedurii referendumului prevăzute de dreptul românesc actual sunt insuficiente, carenţele normative şi interpretarea greşită a cadrului normativ existent conducând la o lipsă *de facto* a oricărui control[29]. Concentrarea competenţelor de a declanşa consultarea poporului privind problemele de interes naţional în mâinile unui organ unipersonal, Preşedintele României, este, în aceste condiţii, posibil fatală pentru democraţie, mai ales că determinarea acestor probleme poate fi arbitrară, în condiţiile în care Curtea Constituţională refuză Parlamentului dreptul de a le stabili prin lege[30], neantizează efectele juridice ale avizului acestuia[31], îşi neagă propria competenţă de control al decretelor prezidenţiale[32], refuză instanţelor de drept comun aplicarea directă a Constituţiei[33] şi nu operează niciun control real asupra rezultatelor referendumului.

O întrebare legitimă se pune în aceste condiţii: cine răspunde dacă procedura referendumului este utilizată abuziv sau dacă rezultatele ei sunt

[25] Acceptată prin votul popular din 30.11.2008.

[26] Acceptată prin votul popular din 28.11.2010.

27

28

29

30

31

32

33

contrare Constituţiei, principiilor statului de drept ori democraţiei? Sistemul nostru constituţional actul dă un răspuns clar: nimeni[34].

Este adevărat că rezultatul referendumului privind problemele de interes naţional este facultativ în sistemul nostru actual de drept. Dar el nu poate rămâne fără niciun efect. Este deja clar că Preşedintele României utilizează rezultatul referendumului din 2009 pentru a presa asupra Parlamentului în vederea revizuirii Constituţiei. Rezultatele acestui referendum nu pot constitui baza unei viitoare revizuiri a Legii fundamentale, mai ales că una dintre întrebări, cea referitoare la structura bicamerală sau unicamerală a Parlamentului, privea revizuirea Constituţiei, ceea ce face ca referendumul să fie neconstituţional[35]. Vor putea însă parlamentarii să ignore faptul că 72,3% dintre alegătorii prezenţi s-au pronunţat pentru un Parlament unicameral? Este greu de crezut. Iar această situaţie politică atipică, în care Parlamentul este opus corpului electoral, datorită unui referendum neconstituţional, ridică şi mai acut problema controlului decretelor de declanşare a procedurii.

Concluzia este că „întreaga modalitate în care este reglementată procedura referendumului naţional consultativ prevăzută de articolul 90 din Constituţia României, precum şi modificările ce au avut loc într-un interval de timp relativ scurt şi, nu în ultimul rând, viziunea judecătorului constituţional asupra acestui fenomen au modificat sensul în care pot fi interpretate dispoziţiile constituţionale în discuţie, creând premisele unui drept exclusiv al reprezentanţilor puterii asupra unui instrument important al exercitării suveranităţii poporului. Lipsa oricăror limite care să restricţioneze exerciţiul abuziv al acestei competenţe a transformat-o într-o putere, în sensul absolut pe care îl are acest cuvânt. Or, acest lucru înseamnă că există autorităţi ale statului care scapă oricărui control în anumite domenii, ceea ce este contrar principiului separaţiei puterilor, care nu impune doar separaţia sferelor de competenţă, ci şi controlul reciproc al puterilor”[36].

Referendumul nu constituie o relaţie bipolară simplă între cel care îl provoacă şi cei care îşi exprimă prin vot voinţa sau părerea. Întotdeauna există

34

35

36

în această relaţie un terţ foarte important: mass-media[37]. Ceea ce este esenţial pentru ca referendumul să fie cu adevărat democratic este ca presa să fie construită în mod real pluralist, pentru a oferi puncte de vedere diverse, şi ca informaţia vehiculată să fie corectă, adică, în mod esenţial, orientată preponderent către explicarea problemei, nu către manipularea electoratului. Or presa românească este departe de a îndeplini aceste cerinţe. În aceste condiţii, referendumul poate deveni fatal pentru democraţie. Atitudinea statului faţă de presă este de asemenea esenţială, iar aceasta nu este în România potrivită pentru realizarea funcţiei educative şi informative a mass-media în cadrul unei campanii referendare, căci nu putem ignora faptul că C.S.A.T.-ul analiza de curând campaniile de presă ca pe o vulnerabilitate în materia securităţii naţionale.

Referendumul poate fi, în aceste condiţii, doar o „piesă de recuzită”[38], utilizată pentru a masca realitatea tentativei de discreditare a reprezentării pentru a obţine o putere personală[39]. Întoarcerea la popor, când poporul nu este pregătit să primească provocarea, este de fapt o capcană mortală. Or, se pare că românii sunt din ce în ce mai dispuşi să cadă în aceasta.

§2. Înţelegerea separaţiei puterilor, orizontală sau verticală, ca pe o sursă de dezordine

Pe de altă parte, se încetăţeneşte ideea că orice confruntare între instituţiile statului sau între stat şi comunităţile teritoriale este de asemenea o sursă de conflict excesiv şi distructiv pentru ordinea statului democratic. Sunt atacate astfel două principii fundamentale ale oricărei democraţii liberale, separaţia puterilor şi autonomia comunităţilor locale faţă de puterea centrală, altfel spus, separaţia verticală a puterilor. Ambele presupun că autorităţile statului intră în dispută, se controlează şi se limitează reciproc, în scopul garantării libertăţilor individuale.

Astfel, dacă Guvernul sau Parlamentul se opun Preşedintelui sau invers, conflictul este perceput şi descris de mediile de informare ca o disfuncţie a democraţiei, când de fapt aceste raporturi de conflict instituţional şi de control

37

38

39

reciproc sunt esenţa separaţiei puterilor şi deci a democraţiei. Dacă avem două Camere parlamentare se susţine că ele vor intra în conflict sau că îngreunează legiferarea. De fapt, această separaţie intrafuncţională a exerciţiului funcţiilor statului este făcută tocmai pentru a tempera excesele normative ale statului şi deci pentru a garanta persoanelor încrederea legitimă în continuitatea acţiunii statale şi previzibilitatea schimbărilor normative. Probabil că unii au uitat că primul nostru senat se chema «Corp ponderatoriu» sau «Adunare ponderatrice», având rolul de a pondera excesele normative ale Adunării elective, deci mai doritoare a folosi legiferarea ca pe un spectacol politic.

Autonomia comunităţilor locale este o garanţie a faptului că puterea nu se centralizează excesiv şi se desprinde de sursa ei şi, de asemenea, că statul respectă diferenţele culturale care constituie fundamentul coeziunii comunitare. Existenţa autonomiei locale este esenţială pentru garantarea drepturilor omului. Ea nu reprezintă un pericol, cum se tinde a se acredita la noi, de teama, inutilă după intrarea în structurile euro-atlantice, de secesiunea teritoriile în care trăiesc maghiarii. Este uimitor cum, la 20 de ani de la Revoluţie şi într-o Românie intrată în Europa, se mai poate vorbi de unitatea poporului în termeni cvasi-fascişti, afirmându-se că unitatea statului se bazează pe unitatea, desigur etnică, a poporului român, când de fapt această unitate înseamnă că nu pot fi construite regimuri juridice diferenţiate în raport de criteriile de constituire a grupurilor primare de identificare, printre care şi etnia. De frica patologică a pierderii teritoriilor istoric disputate cu maghiarii am ajuns să transformăm indivizibilitatea juridică a poporului în unitate etnică a acestuia. Din aceeaşi cauză refuzăm să discutăm serios orice problemă a descentralizării ca autonomie locală. Tendinţa centralistă a ajuns în aceste condiţii atât de mare încât unii bucureşteni, nativi sau nu, par să creadă că au două creiere.

Secţiunea 4. Dezistituţionalizarea funcţiilor publice

O altă cauză a funcţionării defectuoase a sistemului constituţional este impulsul de a atribui capacitatea de a soluţiona problemele unei/unor persoane, în loc să construim un răspuns structural. Istoric vorbind, avem nostalgia despotului luminat. De aceea, deşi Preşedintele României nu are un rol decisiv în politica internă conform Constituţiei, toată lumea aşteaptă de la el să facă totul, să conducă totul. Mai tragic este când şi Preşedintele începe să creadă că

are dreptul să facă acest lucru. Acelaşi lucru se întâmplă însă cu toate instituţiile: par legate de soarta unor oameni. Răspunsul trebuie să fie însă structural. Un om nu poate schimba de unul singur, indiferent câte puteri îi dai, un sistem social sau politic. Trebuie organizat în aşa fel exerciţiul puterii încât să fie eficient, fără a fi oprimant. La noi, eficienţa tinde să devină mai importantă decât oamenii dirijaţi de sistem. Eficienţa urmăririi penale pare mai importantă decât dreptul la apărare al inculpatului sau decât legalitatea obţinerii mijloacelor de probă, eficienţa legiferării pare mai importantă decât securitatea juridică a persoanelor, eficienţa statului mai importantă decât drepturile administraţilor etc..

Deficienţele sistemului sunt de asemenea imputate persoanelor, nu sistemului. Judecătorii sunt de vină pentru că nu funcţionează Justiţia, parlamentarii pentru că nu funcţionează Parlamentul, clasa politică este făcută responsabilă pentru lipsa de funcţionare a sistemului partidelor politice etc. Voi încerca să analizez pe scurt aceste probleme ca pe exemple de personalizare, de dezinstituţionalizare a unor funcţii publice.

§1. Dezistituţionalizarea funcţiei de judecător sau statul care îşi devorează justiţia

„Ordinea nu este decât justiţia solidificată” [40]. Existenţa noastră împreună, binele nostru comun, nu este altceva decât o modalitate de instituţionalizare a justiţiei. În această perspectivă, nu justiţia este o instituţie a statului, ci statul este modalitate particulară de a face justiţie. De aceea, deşi am văzut multe state fără preşedinţi, chiar fără parlamente, nu am văzut niciunul fără justiţie. Un stat care îşi distruge justiţia este un stat care se autodevorează. O ordine care se transformă în haos, cerând revoluţia, căci revoluţia nu este decât justiţia care se resolidifică într-o nouă ordine.

Justiţia este şi o instituţie. Făcută din oameni, căci, din nefericire sau poate dimpotrivă, nu avem la îndemână un popor de zei care să facă dreptate între oameni. Iar oamenii greşesc. Şi trebuie să răspundă. Dar a confunda planurile, a face răspunzătoare Justiţia pentru greşelile magistraţilor, este o capcană fatală. Înseamnă a nega ontologia justului schiţată mai sus. Mulţi au fost cei care au căzut în această capcană. Şi niciunul nu a reuşit să scape cu bine din ea.

[40] G. Burdeau, Traité de science politique, T. I, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 103.

Problema care se pune este tocmai aceasta: îşi devorează statul român actual propria justiţie, confundând Justiţia cu oamenii care ocupă funcţii judiciare, adică dezinstituţionalizând funcţia jurisdicţională? Eu cred că da.

Un prim pas către capcana negării justiţiei este transfigurarea erorilor judiciare în negări ale binelui comun, ideologic determinat. Orice greşeală a magistratului tinde să fie privită ca o greşeală ideologică. Lui nu i se mai impută afectarea drepturilor unei persoane, ci faptul că lucrează împotriva poporului. Este exact mecanismul de bază al totalitarismului. „Fenomenul totalitar intervine într-un regim (în) care (...) majoritatea activităţilor (...) profesionale poartă amprenta adevărului oficial; dat fiind că orice activitate va deveni de acum activitate de stat şi dat fiind că orice activitate va fi supusă ideologiei, o greşeală comisă în cadrul unei activităţi (...) profesionale este simultan o greşeală ideologică. De unde rezultă desigur o politizare, o transfigurare ideologică a tuturor greşelilor posibile ale indivizilor şi, în concluzie, o teroare care este în egală măsură poliţienească şi ideologică”[41]. Magistraţii români sunt supuşi exact unei astfel de terori. Ei sunt suspectaţi de activitate contra interesului general, sunt supravegheaţi în primul rând pentru că activitatea lor ar putea afecta securitatea naţională, deoarece sunt priviţi ca ideologic periculoşi, căci ei sunt independenţi într-un mod care îi face nepăsători faţă de ideologia oficială şi faţă de interesul general, determinat pe baza acesteia.

Fetişul zilelor noastre îl reprezintă lupta contra corupţiei. În cazul magistraţilor această luptă, care trebuie să găsească răspunsuri structurale la probleme structurale, devine un fel de luptă aparentă cu un sistem, prin care politicul se răfuieşte de fapt cu indivizii. Rezultatul este transfigurarea problemelor de corupţie imputabile unor persoane în probleme imputabile sistemului judiciar însuşi. De fapt măsurile structurale sunt inexistente, dar necesitatea restructurării este mimată prin transformarea problemelor individuale în probleme sistemice. Este o altă faţetă a totalitarismului. Acesta postula «omul nou» ca pe scop al sistemului. Un om care, devenind perfect din punct de vedere moral, ar fi rezolvat problemele sistemului social capitalist. Răspunsul părea sistemic, căci tindea la reformarea ordinii, dar nu prin măsuri restructurante, ci prin negarea genului de om care constituia temelia sistemului. În cazul sistemului judiciar românesc actual, ceea ce se postulează este că

[41] R. Aron, , Democraţie şi totalitarism, All, Bucureşti, 2001, p. 212-213.

sistemul este imposibil de restructurat dacă nu se schimbă genul de magistrat care îl constituie. Cum ne-ar trebui o clasă politică nouă, ne-ar trebui şi un nou corp al magistraţilor, probabil venit tot de pe Marte! Desigur, mediatizarea intensă a acestei idei, magistral organizată în România ultimilor ani, cu sprijinul, inconştient cred, al organismelor europene, a făcut populaţia să îşi dorească «magistratul nou», un fel de «om nou» al jurisdicţiei.

O altă trăsătură a sistemului social totalitar este destructurarea tuturor mecanismelor sociale care funcţionau independent faţă de stat, atomizarea sistematică a societăţii, izolarea individului şi astfel reducerea societăţii la o masă amorfă incapabilă de opoziţie, realizată prin două modalităţi: una negativă - distrugerea fostelor structuri, şi una pozitivă - schimbarea continuă a structurilor într-un fel de «revoluţie permanentă»[42]. Sistemul judiciar românesc postrevoluţionar suportă exact acest tip de acţiuni. Mai întâi, el a suportat continuu o contestare a independenţei. Începută în anii ’90, cu refuzul de a acorda inamovibilitatea, continuată cu păstrarea nivelului scăzut de salarizare, această acţiune a culminat cu tentativa, pentru moment eşuată datorită deciziei Curţii Constituţionale[43], de a introduce în proiectul de lege de revizuire a Constituţiei o restructurare a C.S.M. – ului prin care judecătorii ar fi devenit minoritari în cadrul acestuia, dominanţi fiind reprezentanţii societăţii civile, numiţi politic, şi procurori, subordonaţi ministrului justiţiei şi ierarhic în cadrul sistemului ministerului public[44]. Negarea independenţei judecătorilor a fost

---

[42] Pentru explicarea acestui mecanism vezi H. Arendt, Le système totalitaire, Seuil, Paris, 1962 şi
Originile totalitarismului, Humanitas, Bucureşti, 1994.

[43] Decizia C.C. nr. 799, din 17 iunie 2011, referitoare la proiectul legii de revizuire a Constituţiei României, Publicată în Monitorul Oficial nr. 440 din 23.06.2011, vezi comentariile mele în P.R. nr. 6 şi 7/2011.

[44] Punctul 50. Alineatele (2), (3), (4), (5) şi (6) ale articolului 133 se modifică astfel:
Litera a) a alineatului (2) va avea următorul cuprins:
„a) 10 sunt aleşi în adunările generale ale magistraţilor şi validaţi de Parlament; aceştia fac parte din două secţii, una pentru judecători şi una pentru procurori; prima secţie este compusă din 5 judecători, iar cea de-a doua din 5 procurori;"
Litera b) a alineatului (2) va avea următorul cuprins:
„b) 6 reprezentanţi ai societăţii civile, care se bucură de înaltă reputaţie profesională şi morală: 3 numiţi de Parlament şi 3 de către Preşedintele României;"

mediatic sprijinită, astfel încât opinia publică este favorabilă distrugerii acesteia. Înregimentarea maselor prin propagandă contra principiilor de organizare ale structurilor independente faţă de stat respectă şi în acest punct reţeta totalitarismelor de stânga.

În al doilea rând, destructurarea sistemului judiciar a fost şi este evidentă pentru cine priveşte mai atent. Această destructurare respectă întru totul reţeta totalitară descrisă mai sus. Distrugerea fostelor structuri poate părea mediată, dar nu este mai puţin reală. Ea a însemnat o acţiune continuă de negare a competenţei şi probităţii magistraţilor din perioada comunistă. Acordarea târzie şi treptată a inamovibilităţii nu a fost decât reflexul acestei tendinţe de distrugere a vechilor structuri. Decredibilizarea învăţământului juridic este un alt aspect al aceluiaşi fenomen. Revoluţionarea permanentă a justiţiei a îmbrăcat, pe de altă parte, cel puţin trei forme: multiplicarea structurilor cu competenţe paralele, păstrarea unui număr redus de magistraţi, cu un rol extrem de încărcat, şi schimbarea permanentă a sistemului juridic pe care instanţele şi parchetele trebuie să îl aplice. Reforma permanentă, sintagma contemporană pentru mai vechea revoluţie permanentă, se traduce în sistemul judiciar românesc în PNA-uri, DNA-uri, DIICOT-uri, noi coduri, legi care se schimbă peste noapte, ordonanţe de urgenţă şi alte asemenea schimbări intempestive ale sistemului juridic, care nu mai poate fi înţeles de nimeni, afectând siguranţa juridică a persoanelor, şi care îi silesc pe magistraţi să facă greşeli, deci să fie controlabili. Inflaţia legislativă este astfel un aspect al controlului statului asupra magistraţilor. Este ca atunci când agiţi permanent sacul cu şoareci, pentru ca aceştia să nu aibă timp să îl roadă.

Statul totalitar controlează mijloacele de comunicare în masă. Desigur, un control direct al acestora nu este detectabil în România actuală. Dar o manipulare a acestora pentru utilizarea lor propagandistică este uşor demonstrabilă în două cazuri: decredibilizarea Parlamentului şi cea a justiţiei. Sondaje de opinie plasate în media cu privire la popularitatea justiţiei, inevitabil defavorabile acesteia dată fiind natura activităţii magistraţilor, mediatizarea trunchiată a proceselor penale: deformarea sensului măsurilor preventive, oferirea unor informaţii teoretic secrete din dosarele de urmărire penală, legiferarea unor pedepse excesive şi clamarea ulterioară a indulgenţei magistraţilor şi alte asemenea procedee au fost şi sunt utilizate constant pentru a imprima populaţiei ideea că justiţia lucrează contra interesului general, mai ales

contra securităţii naţionale şi a persoanelor. Se mizează pe incapacitatea instituţională a magistraturii de a reacţiona mediatic, căci judecătorul nu are nici dreptul de a comunica liber aspecte ale muncii sale, nici structurile instituţionale necesare unei comunicări publice eficiente.

Reluarea reţetelor totalitare este evidentă. Sistemul judiciar este supus unei presiuni destructurante, mascată uneori în reformă permanentă, care îi afectează profund funcţionarea. Nota de plată nu va fi însă doar în sarcina magistraţilor, ci şi a noastră, a tuturor, căci în lipsa magistraţilor independenţi şi credibili nu văd unde ar putea să se mai plângă persoanele de încălcarea drepturilor şi libertăţilor.

Statul român are tendinţa de a-şi devora propriul sistem judiciar, fără să pară să înţeleagă ontologia schiţată în debutul acestei părţi a lucrării, negându-se astfel ca stat, căci statul are două elemente formale, fără de care el nu poate exista ca stat: ordinea şi justiţia. „Ele se susţin una pe alta, justiţia făcând ca ordinea să fie acceptată, ordinea făcând ca justiţia să fie dorită”[45].

§2. Parlamentarul dezistituţionalizat

Rezultatele referendumului din 2009 arătau că electoratul vrea un număr mai redus de parlamentari. Întrebarea este «de ce?». Eu cred că principala cauză este înţelegerea publică dominantă a Parlamentarului ca fiind o *persoană* şi nu o *instituţie publică*. Cum nu este posibilă o dezinstituţionalizare a Parmentului, rezultatul discreditării reprezentării poate fi obţinut prin dezistituţionalizarea parlamentarilor, care nu mai trebuie percepuţi ca instituţii care compun Parlementul, ci ca persoane private care fac aceast lucru.

Deputații și senatorii sunt însă instituții, nu persoane. Lor ar trebui să li se ofere aparatul necesar unei funcționări adecvate. Și nu li se oferă. În schimb, se acreditează ideea că sunt inutili pentru că oricum nu înțeleg nimic din ce votează sau dorm în sală. Un parlamentar nu trebuie neapărat să fie expert în drept sau economie. El trebuie să fie sprijinit de o echipă de experți care să îl ajute să își transforme ideologia în norme și măsuri economice. Or, parlamentarilor noștri li se refuză plata unor astfel de echipe din banul public. Mai mult, li se impută faptul că ar câștiga prea mult față de munca depusă. Reducerea numărului parlamentarilor nu va rezolva nimic. Soluția este

[45] *G. Burdeau*, op. cit., p. 103.

reconfigurarea *instituției parlamentarului*. Ni se spune de 20 de ani că de vină pentru lipsurile sistemului sunt oamenii pe care îi alegem. Dar, indiferent pe cine alegem, sistemul nu merge mai bine. Se vorbește despre schimbarea clasei politice, de parcă am putea să aducem o astfel de clasă de pe altă planetă. Concluzia evidentă este ignorată. Dacă, indiferent cine a fost parlamentar, această instituție nu a funcționat cum trebuie, atunci trebuie să reconfigurăm instituția, nu să căutăm la nesfârşit cavalerii călare pe cai albi şi care, devenind noua clasă politică și noii parlamentari, o să ne salveze de moguli, oligarhi sau de sărăcie.

§3. Personalizarea vieţii politice

Răspunsul la o problemă structurală pare să fie de fiecare dată că ne trebuie alţi oameni. Trebuie înţeles că suntem aşa cum suntem şi că ar trebui să construim un sistem care să ni se potrivească. Importul modelelor normative, cum am văzut şi în cazul partidelor, nu poate funcţiona. Aşa că dacă vrem o Constituţie funcţională trebuie să încetăm să mai copiem opere constituţionale străine.

Suntem însă capabili în acest moment să facem o asemenea operă de reconstruire originală a sistemului constituţional, ţinând cont de specificul nostru ca oameni şi ca popor? Nu cred, iar analiza cauzelor nefuncţionării corecte a sistemului făcută mai sus, chiar dacă succintă, mă îndreptăţeşte la această concluzie. Dacă ne vom lua după comisii ca cea care a prezentat raportul care m-a provocat iniţial să scriu aceste rânduri, atunci vom schimba Constituţia pentru a da satisfacţie unor interese conjuncturale. Mai întâi trebuie să facem puţină educaţie, să ne structurăm temele de dezbatere, sistemul de partide şi toată societatea civilă în raport de acestea, să creăm o şcoală juridică serioasă în domeniul dreptului constituţional şi apoi să îndrăznim o construcţie normativă proprie. Deocamdată stabilitatea sistemului normativ constituţional este mai benefică decât orice inovaţie ar putea produce mediul social şi politic actual. Să aplicăm cât mai corect Constituţia pe care o avem. Vom avea vreme pentru inovaţii, atunci când pilonii democraţiei se vor fi consolidat.

Capitolul 2. Lipsa juridicizării conceptelor

În ultima vreme am scris de mai multe ori despre faptul că doctrina juridică şi jurisprudenţa au tendinţa de a utiliza concepte nejuridice în argumentaţia juridică[1] fără a asigura cuvenita remaniere a acestora în vederea transferului lor dintr-o sferă a cunoaşterii în cealaltă. Conceptele par a fi considerate ca având un sens juridic transparent, deşi, dacă te opreşti asupra lor cu mai mare atenţie, constaţi că această transparenţă nu este decât o aparenţă. Tendinţa este încurajată de conformismul doctrinei în faţa unei tradiţii de cele mai multe ori problematice, cel puţin în dreptul public în anii comunismului, şi de conformismul jurisprudenţei faţă de acest tip de doctrină şi faţă de hotărârile instanţei supreme, normativ încurajat de introducerea unor căi legale de impunere a interpretării oferite de aceasta în faţa celorlalte instanţe. Amalgamarea terminologiei juridice cu cea economică, politică, sociologică sau filosofică, fără remanierea conceptelor şi fără înţelegerea clară a acestora în sferele de cunoaştere din care provin, căci de regulă învăţământul juridic românesc mimează studierea, chiar elementară, a disciplinelor socio-umane cu care teoria juridică se întrepătrunde, face ca doctrina şi jurisprudenţa să fie prea adesea plate şi stereotipe, dacă nu chiar haotice din punct de vedere conceptual. Juriştii nu mai sunt percepuţi ca oameni de cultură, care caută să explice natura lucrurilor prin intermediul justiţiei, ci ca simplii tehnicieni, care aplică concepte preluate din ştiinţele socio-umane, creând o teorie eclectică şi oarecum somnambulică.

În aceste condiţii, problema fundamentală pentru jurişti devine explicarea unui fapt ce pare să scape culturii noastre actuale: ce se înţelege printr-un concept *juridic*? Apoi devine la fel de important să înţelegem cum trebuie făcută remanierea conceptelor nejuridice când sunt utilizate în drept, adică trebuie văzut care sunt standardele definirii *juridice* a conceptelor.

§1. Ce se înţelege printr-un concept *juridic*?

---

[1] **D. C. Dănișor, *Curtea Constituțională a României în capcana nefilosofării*, Curierul Judiciar nr. 7/2010, p. 363-367; textul este disponibil la adresa http://curieruljudiciar.ro/2010/08/17/4377/; D. C. Dănișor, *Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții Constituționale în materia contenciosului constituțional (I)*, Pandectele române nr. 10/2010, p. 15-34.**

Dreptul nu are în mod evident privilegiul de a avea un limbaj propriu exhaustiv. Am putea spune că cele mai multe concepte utilizate în drept sunt împrumutate din alte ramuri ale cunoaşterii. Destul de rarele concepte care-i sunt proprii nu primesc prea adesea o definire care să fie una ce poate fi calificată, în funcţie de metodologia actului definirii însuşi, ca *juridică*. Cum recunoaştem un concept *juridic* sau o utilizare *juridică* a unui concept nejuridic devine, în aceste condiţii, greu de spus.

O primă regulă pe care eu o văd aplicabilă acestei probleme este că noţiunile dintr-o disciplină cognitivă primesc un înţeles propriu acesteia în funcţie de metoda generală de cunoaştere utilizată de ramura respectivă. Ar trebui deci să decidem mai întâi această metodă de cunoaştere în cazul dreptului. Problema pare relativ complicată datorită faptului că scopul dreptului nu este cunoaşterea, ci acţiunea. Sau, cel puţin, că aşa este privită de regulă problema. Poate că de aceea ar trebui căutată o metodă de cunoaştere care să fie o metodă de acţiune prin ea însăşi. Şi cred că trebuie ţinut cont de faptul că dreptul este un tip de acţiune axat esenţialmente pe finalitate şi pe prescrierea formelor generale de orientare a acţiunii pentru a atinge rezultatul scontat. Rezultatul este de regulă extrajuridic. Finalitatea juridică a demersului cognitiv nu este determinarea rezultatului însuşi, ci a metodelor de acţiune pentru atingerea scopului meta-juridic. Şi aceasta, iarăşi, într-un mod specific: nu acţiunea în sine este juridică, ci metodele de a face subiectul să aleagă un anumit tip de acţiune. Alegerea formei acţiunii este obiectul cunoaşterii juridice. Determinarea scopului acţiunii este apanajul altor tehnici de cunoaştere: filosofică, politică, economică, sociologică etc. Determinarea metodelor de acţiune pentru realizarea materială a scopului social de asemenea. Dreptul se mulţumeşte cu determinarea alegerii formei de orientare a subiecţilor în vederea unui tip de acţiune. Desigur, el va constrânge formele de alegere a scopului şi metodelor, dar această constrângere nu se bazează pe eliminarea valorică a unora dintre ele, ci pe un echilibru formal între valori.

A. Conceptele juridice sunt formale

Cunoaşterea juridică este formală. Aceasta înseamnă că noţiunile juridice -

sau cele nejuridice când primesc un conţinut juridic - nu au un conţinut valoric în sine. Ele primesc un astfel de conţinut doar pentru cei care operează în sferele nejuridice de acţiune în baza alegerii formale făcută în sfera dreptului. De exemplu, un guvern stabileşte măsurile necesare de echilibrare a bugetului public şi acţionează pentru impunerea lor. Magistratul care cenzurează eventualele restrângeri ale exerciţiului drepturilor persoanelor prin alegerea tipului de politică economică şi a metodelor de a atinge rezultatul scontat nu trebuie să facă o analiză economică în decizia sa, ci una juridică, adică una care stabileşte doar dacă guvernul a respectat formele prin care trebuie stabilită politica economică, formele prin care trebuiau alese metodele de realizare a acesteia şi dacă aceste metode respectă limitele formale ale restrângerii exerciţiului drepturilor. Dacă el depăşeşte această limită şi face o analiză substanţială, nu doar una formală, a acestor probleme economice, înseamnă că raţionamentul său nu mai este juridic.

Conceptele juridice sunt deci concepte formale. Cele nejuridice trebuie să devină formale pentru a putea fi utilizate din punct de vedere juridic. De exemplu, statul este un concept meta-juridic care are evident şi un sens juridic. Oricine spune stat se gândeşte la un teritoriu, la o populaţie, la o putere şi la un scop. Dar această înţelegere nu este juridică. Când spunem că statul legiferează, nu ne gândim în mod cert la elementele materiale constitutive pe care le-am enumerat mai sus. Statul devine în limbajul juridic un subiect care acţionează, o persoană, desigur fictivă, *juridică*. Viziunea juridică asupra conceptului politic sau sociologic de stat presupune transfigurarea lui dintr-un concept care descrie o realitate materială într-un concept care descrie o *formă* care acţionează. Când statul acţionează, nu ne gândim că acţionează populaţia, în limitele teritoriului, ci o *persoană*. Această ficţiune juridică nu are decât o legătura vagă în mintea noastră cu realitatea materială a statului. Acţiunea de remaniere a conceptului meta-juridic pentru a fi utilizat în sfera juridică presupune *formalizarea* lui.

Din nefericire, de multe ori juriştii omit să opereze clar acest tip de formalizare. De exemplu, atunci când folosesc termenul *popor*. În limbaj sociologic, popor înseamnă un ansamblu de persoane care împărtăşesc anumite valori culturale şi au anumite trăsături fenotipice comune. Când spunem însă într-o constituţie că „fundamentul statului este unitatea poporului” nu putem

utiliza termenul *popor* în sensul sociologic de mai sus. El trebuie juridicizat. Or, de multe ori acest lucru este uitat. De exemplu când se susţine că unitatea statului este bazată pe unitatea culturală şi, chiar dacă mai mascat, pe unitatea etnică a poporului. Sau când minorităţile naţionale nu sunt incluse în poporul român, care este fundamentul statului. Ele au un statut aparte, sunt *tolerate*, uneori chiar *protejate*, dar nu sunt parte a „poporului român". Or, cert este că textul Constituţiei are în vedere un sens juridic al termenului *popor*, diferit de cel sociologic, căci ea afirmă că statul român, bazat pe unitatea poporului, este patria comună a tuturor cetăţenilor fără deosebire de chiar elementele de diferenţiere utilizate pentru configurarea noţiunii de *popor* din punct de vedere sociologic: rasă, etnie, religie, limbă etc.

Juridicizarea conceptului ar presupune acţiunea de formalizare pe care o remarcam mai sus, dar ea nu pare să intervină, cel puţin în doctrină, căci normele constituţionale însele o operează, cred că mai degrabă involuntar, dar cert. Din punct de vedere juridic, poporul trebuie deci să primească un sens formal. Iar această formalizare presupune mai întâi ca noţiunea de *popor* să fie transferată din sfera cunoaşterii în sfera acţiunii. Poporul este atunci un subiect care acţionează. Apoi, trebuie ca acţiunea să fie privită din punct de vedere juridic, adică nu prin raportare la scopurile sociale, ci la alegerea formală a metodei de acţiune. Poporul este atunci un subiect care decide formele de atingere a rezultatelor. Iar din punct de vedere juridic nu este relevant care acţiuni sunt valoric mai bune, ci cum putem să alegem una dintre multiplele posibilităţi fără să încălcăm un echilibru formal just între persoanele care formează acest colectiv pe care îl numim popor. Poporul este atunci, din punct de vedere juridic, un ansamblu de persoane care decid, potrivit unei proceduri echitabile pentru membrii grupului, modul de acţiune pentru atingerea intereselor acestui grup. Din punct de vedere formal, poporul este într-un stat democratic o procedură prin care membrii grupului social desemnează pe cei care ocupă funcţia de decizie, majoritatea. Grupul creează două funcţii: majoritatea şi opoziţia. Prin poziţionarea liberă a membrilor săi, grupul desemnează titularii momentani ai celor două funcţii. Unitatea poporului de care vorbeşte Constituţia înseamnă că niciun grup sociologic determinat nu poate pretinde să ocupe funcţia majoritară datorită trăsăturilor sale obiectiv

determinate. Din punct de vedere juridic, este interzis ca o majoritate sociologică să se erijeze în majoritatea politică şi deci normativă. Corolarul este că nu poate fi creat nici un regim juridic diferit persoanelor în raport de afilierea lor la grupurile sociologic determinate. Vedem deci că juridicizarea unui concept meta-juridic presupune formalizarea lui.

B. Conceptele juridice nu au în sine un conţinut valoric

Viziunea formală înseamnă că noţiunile nu primesc un conţinut valoric în sine, ci doar pentru noi. Astfel, societatea este din punct de vedere juridic o *ordine*. Juridic vorbind, această ordine nu are un conţinut, ea este ordinea pentru ordine. Conţinutul valoric îl primeşte când privim ordinea din punctul de vedere al subiecţilor, adică al celor supuşi ordinii. Ordinea socială nu are ca elemente constitutive, din punct de vedere juridic, indivizii, ci raporturile. Punctul de vedere juridic este atunci cu necesitate relaţionist.

a. Conceptele juridice sunt concepte opoziţionale, nu substanţiale

Conceptele juridice sunt concepte opoziţionale, nu substanţiale. Aceasta înseamnă că ele sunt configurate prin opoziţie faţă de un alt concept şi nu prin determinarea elementelor sale constitutive esenţiale. Un concept nejuridic configurat într-o manieră esenţialistă trebuie transformat într-un concept determinat prin opoziţie pentru a deveni juridic.

Să luăm ca exemplu conceptul de *etnie*. Ca şi noţiunea de *naţiune*, noţiunea de *etnie* cunoaşte două accepţiuni, rezultat a două metode de abordare a conceptualizării sale, una pornind de la trăsăturile obiective ale grupului vizat, alta pornind de la atitudinea subiectivă a membrilor săi faţă de apartenenţa grupală. Prima se loveşte mai întâi de dificultatea de a găsi criteriile obiective care ar defini un grup etnic. Sunt reţinute de obicei limba, independenţa economică, numele grupului, organizarea politică, posesiunea unui teritoriu... O altă dificultate a acestei viziuni este modul combinării acestor elemente obiective, prioritatea dată unuia sau altuia dintre criterii. Pe de altă parte, este clar că este imposibil de găsit un singur criteriu universal, aplicabil tuturor grupurilor în toate situaţiile. Criteriile nu se suprapun decât rar şi niciodată

toate. Definiţiile rezultate din această viziune califică drept grupuri etnice „comunităţile care, în interiorul unei arii geografice particulare, vorbesc limbi mutual comprehensibile şi au forme de adaptare economică esenţial similare”[2]. Defectul general al acestor definiţii este că fac din decupajul etnic al unei societăţi un decupaj fix[3], că acreditează ideea că etnia, ca şi rasa sau chiar naţiunea în cazul teoriilor obiectiviste, este o fatalitate biologică, o trăsătură moştenită asupra căreia individul nu are în mod real şi efectiv niciun control. Un alt defect al unora dintre definiţiile obiectiviste este de a confunda etnia cu minoritatea şi naţiunea cu majoritatea. Astfel de definiţii afirmă că etnia este „un grup social care, în interiorul unui sistem sociocultural mai larg revendică sau are un statut special din cauza unui complex de trăsături (trăsături etnice) pe care le are sau pe care este presupus că le are”[4]. De multe ori, definiţiile operează inconştient o diferenţiere între naţiune şi trib, etnia nefiind decât un mod de a masca accepţiunea peiorativă a acestuia din urmă. Astfel, unele concepţii obiectiviste au ca substrat, mai mult sau mai puţin inconştient, o ierarhie între naţiunea tipică „civilizaţilor” şi tribul sau etnia tipice „necivilizaţilor”, opunând naţionalismul *nostru* tribalismului *lor*. Acest tip de definire este inconştient utilizat la noi în cazul ţiganilor.

Aceste defecte ale viziunii obiectiviste asupra etniei au dus la construirea unui tip de definire care pleacă de la criterii subiective. Această viziune refuză în acelaşi timp să facă din etnie o categorie utilizată doar pentru minoritari, făcând din ea o categorie generală a vieţii sociale, aplicabilă şi grupurilor majoritare şi să determine etnia în funcţie de nişte trăsături obiective. Apartenenţa la grupul etnic, este, ca şi apartenenţa la naţiune, de natură subiectivă. Astfel iluzia culturalistă este negată de un nou val de teorii sociale, iar noţiunea de trib, ca un echivalent peiorativ al etniei, este somată să părăsească ştiinţele sociale. Definiţiile rezultate din această nouă viziune fac

[2]G. P. Murdock, *The Processing of anthropological Materials*, în A. L. Kroeber (ed.), *Anthropology Today: An Encyclopedic Inventory*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, p. 476-487.

[3] Pentru o definire politică a minorităţilor naţionale vezi D. C. Dănişor, *Minoritatea naţională: de la definiţia sociologică la definiţia politică*, Revista de drept public nr. 2/2003, p. 17-27.

[4] M. A. Tumin, *A Dictionary of the Social Sciences*, New York, Free press, 1964.

aplicaţia în materie a viziunii franceze de înţelegere a naţiunii. Etnia este „un grup care se percepe pe sine ca unit printr-un ansamblu de tradiţii pe care vecinii nu le împărtăşesc şi ai cărui membrii utilizează în mod subiectiv şi de o manieră simbolică sau emblematică unele aspecte ale culturii lor pentru a se diferenţia de celelalte grupuri”[5] sau „un grup social ai cărui membri partajează un sentiment al originii comune, revendică o istorie şi un destin comun şi distinctiv şi resimt o direcţie particulară a originalităţii şi solidarităţii colective”[6]. În această concepţie, nu trăsăturile obiective, ci poziţia subiecţilor faţă de unele trăsături existente sau prezumate este cea care asigură coeziunea grupului etnic, astfel că „mecanismele şi frontierele etnice există mai degrabă în capul subiecţilor decât ca linii pe o hartă”[7].

Un lucru este comun celor două tipuri de definire: ambele sunt meta-juridice. De aceea termenul *etnie* este utilizat cu mare reticenţă de către sistemele juridice naţionale sau de cel internaţional, mai ales atunci când este vorba de *minorităţi etnice*. Structurarea subiectivă a societăţii pare să fie înlocuită prin utilizarea termenului cu divizarea obiectivă. De aceea conceptul pare să fie sursă de confuzii atunci când este utilizat în limbajul juridic[8]. Totuşi, interesul său practic pentru dreptul constituţional din România este de netăgăduit, mai întâi, pentru că subiecţii înşişi utilizează identificarea etnică şi mai apoi, pentru că la noi chiar Constituţia face apel la noţiune, atât în cadrul enumerării criteriilor de nediscriminare: „origine etnică” [art. 4 alin. (2)], cât şi în cadrul dispoziţiei privitoare la dreptul la identitate al persoanelor aparţinând minorităţilor naţionale, vorbind de „dreptul la păstrarea, la dezvoltarea şi la exprimarea identităţii lor etnice” [art. 6 alin. (1)].

---

[5] G. De Vos, *Conflict and Accommodation*, în G. De Vos şi L. Romanucci-Ross (eds.), *Ethnic Identity: Communities and Change,* Palo-Alto, Calif, Mayfield, 1975, p. 9.

[6] A. D. Smith, *Chosen people: why ethnic groups survive* în Ethnic and Racial Studies, vol. 15, nr. 3, 1992, apud Ph. Poutignat, J. Streiff-Fenart, *Théories de l'ethnicité*, P.U.F., Paris, 1995, p. 91.

[7] J. A. Amstrong, *Nations before Nationalism*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1982, apud Ph. Poutignat, J. Streiff-Fenart, op. cit., p. 91.

[8] Pentru o critică a utilizării termenului, vezi A. Fenet, G. Koubi, I. Schulte-Tenckhoff, *Le droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 425-428.

Ca să obţinem un sens juridic valid al conceptului de etnie, trebuie ca el să primească un conţinut diferit? Am îndoieli că cineva ar fi capabil să subsumeze unui conţinut esenţial unic toată diversitatea de factori care configurează în diferitele contexte culturale, politice, economice sau istorice opoziţiile etnice. Determinarea trăsăturii esenţiale în jurul căreia se structurează identitatea etnică a unui grup este aproape imposibil de generalizat, căci este imposibil să găseşti o trăsătură *etnică* aplicabilă tuturor situaţiilor.

Soluţia este reconfigurarea acţiunii înseşi de definire a etniei. Conceptul trebuie privit ca unul ce se construieşte opoziţional. Va fi astfel trăsătura etnic determinantă cea care situează în opoziţie reciprocă din punct de vedere subiectiv grupurile care împart acelaşi spaţiu - geografic, cultural, politic, economic, religios . Astfel, opoziţia fundamentală între români şi maghiari este cea teritorială. În jurul posesiunii teritoriului unei zone a Ardealului se centrează opoziţia celor două grupuri. Conceptul de etnie trebuie să fie operaţionalizat din punct de vedere juridic plecând de la acest tip particular de opoziţie etnică. În schimb, faţă de ţigani opoziţia este una culturală: sedentarism contra nomadism, ceea ce implică forme de subzistenţă economică, de construcţie a vieţii intime şi familiale şi de reglementare juridică diferite în cadrul celor două tipuri de grupuri. Când utilizăm termenul *etnie* în textul constituţional, sensul lui nu este deci stabil, ci mobil, depinzând de tipul de opoziţie fundamentală pentru membrii grupurilor sociale în cadrul societăţii politice. Astfel, dreptul la păstrarea şi dezvoltarea identităţii etnice este diferit în cazul maghiarilor şi ţiganilor.

În cazul maghiarilor, încălcarea identităţii etnice este prezentă ori de câte ori decupajul teritorial este folosit pentru determinarea participării. De exemplu, atunci când legea partidelor politice impune pentru ca o asociere să fie înregistrată ca partid ca membrii săi să fie din cel puţin jumătate din judeţele ţării …. În cazul ţiganilor, identitatea etnică este afectată când legea fundamentează anumite concepte juridice prin privilegierea sedentarismului contra nomadismului. De exemplu, când defineşte violarea de domiciliu nu în raport de noţiunea generică de spaţiu în care se desfăşoară aspecte ale vieţii intime şi familiale, ci de noţiunile de locuinţă şi loc împrejmuit. Construcţia opoziţională a conceptului de etnie face ca aceste situaţii să fie privite dintr-un

unghi de vedere juridic. Este motivul pentru care ele pot primi o tratare juridică, una care asigură o protecţie persoanelor mai adecvată situării lor subiective.

b. Conceptele juridice sunt neutre

Ordinea este, pentru sine, neutră. De aici rezultă neutralitatea conceptelor juridice. De exemplu, morala publică. Sigur că morala publică are din punctul de vedere al celorlalte ştiinţe sociale un conţinut. Dar din punct de vedere juridic ea trebuie să fie astfel configurată încât normele juridice să nu fie bazate pe alegerea, voluntară sau involuntară, a unei morale contra alteia. Interpretarea conceptelor juridice pornind de la morala publică trebuie să fie neutră de asemenea. De exemplu, când legea încriminează penal răspândirea de materiale obscene, noţiunea „obscen" nu trebuie configurată în raport de un anumit tip de morală publică, ci trebuie să fie neutră. Dacă alegem să bazăm norma pe valoarea morală a pudorii, atunci ar trebui ca judecătorul să se transforme în critic de artă şi să aprecieze limita de la care nuditatea este obscenă. Dacă facem din conceptul de obscenitate un concept neutru, atunci el nu are la bază o *morală* chiar *publică*, ci ideea de protecţie a celor moralmente vulnerabili, de exemplu a minorilor. Judecătorul va interpreta conceptul în funcţie de finalitatea protecţiei minorilor, fără a avea pretenţia de a face critică de artă. Nu mai este important dacă materialul este moralmente obscen, ci, indiferent de calitatea lui morală, este important cui se adresează: unei persoane neformate moral sau uneia formate, ori prezumată a fi astfel.

c. Conceptele juridice operează o proceduralizare a sensului substanţial din celelalte ştiinţe sociale

Caracterul formal al conceptelor juridice presupune că ele nu se fundamentează pe o valoare. Dar această afirmaţie cuprinde două idei. Prima este neutralitatea faţă de valorile de aceeaşi natură, analizată mai sus. Cealaltă presupune că noţiunile juridice nu se bazează pe alegerea între una dintre sferele valorice. De exemplu, nu pot să privilegieze viziunea politico-economică în faţa celei sociologice etc.

Atunci când configurăm normativ noţiunea de familie, de exemplu, dacă ţinem seama de acest tip de neutralitate, nu o putem centra pe problema de

economie politică a modalităţii de existenţă a patrimoniului soţilor, cum a făcut-o codul socialist al familiei, centrând-o pe ideea comunităţii de bunuri şi configurând relaţiile nepatrimoniale în raport de o finalitate determinată pornind de la desconsiderarea proprietăţii private. Familia era în optica socialistă amenajată juridic contra proprietăţii private, nu pentru a asigura protecţia formală în relaţiile nepatrimoniale dintre membrii ei sau faţă de terţi. Vorbesc desigur de norma fundamentală a instituţiei, nu de normele subsecvente, pentru că în raport de aceasta vor fi validate toate celelalte, mai mult sau mai puţin transparent. Pentru a fi juridică, instituţia familiei nu trebuie să opereze o alegere valorică între valorile economiei politice şi cele ale sociologiei grupurilor primare de identificare. Ea trebuie să fie neutră.

Pentru ca noţiunea juridică să fie neutră faţă de sferele valorice, ea trebuie să fie definită mai degrabă ca o procedură decât ca o valoare. Un exemplu îl reprezintă noţiunea de *bun*. Se spune că noţiunea are două sensuri. „Mai întâi, într-un sens larg, bunurile desemnează atât lucrurile, cât şi drepturile privitoare la acestea (…). Pe de altă parte, în sens restrâns prin bunuri se înţeleg numai lucrurile asupra cărora pot exista drepturi patrimoniale". Pentru ca lucrul să devină *bun* în sensul din urmă trebuie „să aibă o valoare economică şi să fie susceptibil de apropriere"[9]. Conceptualizarea noţiunii de bun este făcută mai sus pornind de la alegerea unei sfere a valorilor, cea a economiei. Bunul nu este însă un lucru privit din unghiul de vedere al valorii sale economice, ci din unghiul de vedere al valorii sale sociale în general. Când vorbim de patrimoniu, acesta subzistă golirii lui de orice valoare economică. Un patrimoniu vid rămâne însă o valoare socială. Persoana are patrimoniu, chiar dacă nu are nimic în el. Nu valoarea economică configurează noţiunea. La fel se întâmplă cu noţiunea de bun. Valoarea socială în genere, chiar în lipsa unei valori economice, configurează noţiunea. Lucrul rămâne *bun* ori de câte ori prin raportare la el persoana intră în raporturi sociale. Raporturile acestea sunt obiectul dreptului patrimonial. Iar bunul este, juridic vorbind, definit ca *un sistem de reguli care asigură procedura de protecţie faţă de ceilalţi subiecţi de drept în cadrul raporturilor sociale referitoare la valoarea socială a unui*

[9] I. Dogaru, S. Cercel, *Drept civil. Partea generală*, C. H. Beck, București, 2007, p. 62-63.

lucru. Acest tip de definire nu mai postulează un tip de valoare la baza noţiunii de *bun*, ci proceduralizează conceptul, în sensul că devine centrală pentru definirea noţiunii procedura de protecţie a persoanei, nu valoarea lucrului, deşi aceasta rămâne importantă. Privită din acest unghi de vedere, noţiunea de bun are ca finalitate libertatea persoanei, nu aproprierea economică. Scopul aproprierii bunurilor nu este utilizarea lor economică, ci libertatea pe care această utilizare o asigură. Acest sens este vădit în cazul utilizării constituţionale a conceptului de *drept de proprietate*. Când art. 44 din Constituţie foloseşte conceptul, el are în primul rând sensul de libertate a aproprierii. Obiectul său îl reprezintă independenţa pe care proprietatea privată o asigură persoanei, nu bunurile în sensul economic al termenului. Nu valoarea economică a proprietăţii este apărată prin art. 44, ci libertatea pe care ea o asigură celor care o au. Extrapolând, valoarea economică a bunurilor este subsecventă libertăţii individuale. Protecţia persoanei este centrală pentru noţiunea de bun. Noţiunea devine astfel procedurală[10].

C. Caracterul evolutiv al noţiunilor juridice

Caracterul evolutiv al noţiunilor juridice este unul extrem de pregnant. Ele pot să fie înţelese doar dacă este luat în considerare contextul istoric în care sunt utilizate. În ceea ce ne priveşte, revizuirea constituţională din 2003 a făcut din utilizarea interpretării istorice o obligaţie[11], cel puţin când este vorba de caracterele fundamentale şi valorile supreme ale sistemului nostru constituţional, care influenţează însă întreg sistemul juridic. Un concept necontextualizat în celelalte ştiinţe sociale trebuie contextualizat pentru a putea primi o utilizare juridică.

De exemplu, noţiunea de *bun* analizată mai devreme este una neevolutivă

[10] Vezi mai sus despre proceduralizarea noțiunii de popor.

[11] D. C. Dănișor, *L'utopie constitutionnalisée: commentaires en marge de la révision de l'art: 1 alin. 3 de la constitution roumaine*, în P. Charlot (textes rassemblés par), *Utopies. Entre droit et politique. Etudes en hommage à Claude Courvoisier*, Editions Universitaires de Dijon, 2005, p. 275-277.

dacă o privim din punct de vedre filosofic. Un lucru este *bun* în sine din acest unghi de vedere. Noţiunea de *bun* este derivată din punct de vedre filosofic din cea de *bine*, o noţiune a-istorică. Din punct de vedere juridic, ea capătă un sens contextual. Terenul *bun* vine în drept de la valoarea socială, istoric determinată. Nu este vorba de societatea *ideală* sau de perfecţiunea în viaţă, ci de gradul maxim de libertate contextuală oferit de proprietate. Astfel, indivizii umani nu mai sunt consideraţi bunuri din punct de vedere juridic când costurile sociale ale folosirii sclavilor sunt mai mari decât beneficiile. Oamenii trataţi ca persoane sunt mai eficienţi din punct de vedere social decât oamenii trataţi ca bunuri. Sfera noţiunii de bun se reduce astfel la lucruri. Deci noţiunile nejuridice trebuie istoricizate pentru a deveni juridice.

Caracterul evolutiv al noţiunilor juridice mai are însă un sens. Când noţiunea are deja caracter istoric evolutiv şi în celelalte ştiinţe sociale, pentru a o juridiciza trebuie ca această evoluţie să fie privită dintr-un unghi aparte de vedere: caracterul evolutiv este determinat de trecerea de la un spaţiu cultural la altul. Astfel, o morală care fundamentează o instituţie juridică este evolutivă din punct de vedere istoric, dar şi trecând de la un spaţiu cultural la altul. De exemplu, de la cel creştin la cel musulman. Dar nu trebuie neapărat să trecem de la un grup politic la altul, caracterul evolutiv al conceptului funcţionând şi în interiorul unui grup politic determinat: de exemplu noţiunea juridică de *morală publică* nu poate fi determinată prin generalizarea moralei grupului majoritar. Morala unei minorităţi este la rândul ei *publică* din punct de vedere juridic. Astfel, morala majoritară nu elimină moralele minoritare. Dar beneficiul juridicizării nu se opreşte la acest aspect, care ar fi fost posibil de atins şi prin asigurarea neutralităţii. Raporturile dintre morala majoritară şi cele minoritară sunt reconfigurate permanent, ele nefiind juridic determinate prin voinţa reprezentanţilor dintr-un moment istoric.

Deci, caracterul istoric al unei noţiuni juridice presupune că voinţa normativă a demosului dintr-un moment este supusă voinţei exprimate într-un sens constant de demosurile anterioare. Acest sens este cel care fundamentează noţiunile de *bloc al constituţionalităţii* sau de *principii rezultate din legile Republicii* utilizate în dreptul francez şi din ce în ce mai valorizate şi la noi, mai ales având în vedere dispoziţia revizuită a art. 1 alin. (3) din Constituţie. De

exemplu, problema politică a opţiunii între bicamerism şi unicamerism devine juridică dacă o tratăm istoric, contextual şi evolutiv[12]. Problema se pune în istoria politico-juridică a României în termenii polarizării istorice a cuplurilor conceptuale democraţie/bicamerism şi totalitarism/unicamerism. În istoria noastră constituţională democraţia este însoţită de bicamerism, iar totalitarismul de unicamerism. Sigur că unicamerismul este prezent în alte spaţii politice şi culturale alături de statul democratic. Dar, din punct de vedre juridic, nu ne interesează decât situaţia României. Întrebarea este deci, în acest context, dacă prin voinţa corpului electoral dintr-un moment se poate, în România, încălca tradiţia democratică instituită prin voinţa exprimată constant de generaţiile anterioare în sensul bicamerismului, în condiţiile actuale ale sistemului juridic românesc. Aceste condiţii sunt delimitate în primul rând de art. 1 din Constituţie, care impune un anumit tip de stat, cel democratic, stat care are anumite valori supreme „în spiritul tradiţiilor democratice ale poporului român" şi de art. 2, care arată că „suveranitatea naţională aparţine poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice şi corecte, precum şi prin referendum". Este evident că dacă voinţa corpului electoral dintr-un moment este contrară democraţiei ea este neconstituţională. Deci corpul electoral nu poate afecta prin deciziile sale caracterul democratic al statului român. Iar acest caracter trebuie interpretat „în spiritul tradiţiilor democratice ale poporului român". Deci voinţa constant exprimată *în sensul democraţiei* de generaţiile anterioare prevalează asupra voinţei corpului electoral dintr-un moment. Astfel, sistemul evită analiza filosofico-politică a opţiunii dintre bicamerism şi unicamerism, căci din punct de vedere juridic ea este tranşată, istoric şi evolutiv, în favoarea bicamerismului.

Un alt sens al caracterului evolutiv al conceptelor juridice este relevat de analiza problemei standardelor juridice, cum ar fi cel al unui om diligent sau al uni bun *pater familias*. Standardele sunt evolutive în dublu sens: ele depind de contextul istoric, căpătând un sens aparte în funcţie de contribuţia lor la

[12] Vezi D. C. Dănişor, *O dispută între doi clasici: Tudor Drăganu şi Antonie Iorgovan despre bicamerism*, Revista de drept public nr. 3/2010, p. 13-27.

realizarea scopului social general; pe de altă parte, standardele depind de contextul personal, de evoluţia generală a capacităţilor persoanelor. De exemplu, standardul unui bun *pater familias* depinde de tipul de familie pe care societatea îl comandă pentru realizarea scopului său general. O societate militarizată ca cea romană presupunea un *pater familias* care era şeful familiei într-un sens cvasi-militar, impunând, în ultimă instanţă, un drept de viaţă şi de moarte asupra membrilor familiei. În regimul comunist, familia era chemată să contribuie la realizarea scopului trecerii dincolo de proprietatea privată, de aceea centrală devenea comunitatea de bunuri, iar solidaritatea familială devenea determinantă. În timp ce în regimul liberal postcomunist important este ca membrii familiei să îşi reconstruiască libertatea faţă de structura socială gândită organic a familiei comuniste. Standardul este evident evolutiv, iar interpretarea sa depinde de scopul social general la realizarea căruia instituţia familiei contribuie. Un bun tată de familie este „bun" în raport de contextualizarea scopului social.

Standardul unui om diligent depinde, pe de o parte, de evoluţia activităţilor sociale pe care suntem chemaţi să le apreciem în baza lui. Complicarea produselor oferite în comerţ, de exemplu, creează o evoluţie a standardului, comerciantul trebuind să îndeplinească o obligaţie sporită de informare a clientului. Totuşi, standardul trebuie judecat şi în raport de evoluţia capacităţii de analiză a persoanelor şi de evoluţia surselor de informare care se află la îndemâna acestora în mod curent, capacităţi şi surse care au evoluat la rândul lor. Analiza contextuală trebuie să ia în calcul evoluţia subiecţilor, nu numai a bunurilor sau a contextului obiectiv.

În altă ordine de idei, standardele nu sunt stasuri. Ele sunt doar orientative, analiza aplicabilităţii lor în cazul concret depinzând de contextul fiecărei situaţii juridice în parte. Ele trebuie aplicate *in casus* şi *in concreto* şi nu în general şi în abstract. Trebuie raţionat de fiecare dată ca şi când standardul ar fi prima oară aplicat. Sigur că el orientează analiza, dar nu o impune.

Ideea generală care rezultă din analiza problemei standardelor juridice este că întotdeauna conceptele juridice trebuie construite ca şi cum ar fi prima oară când problema este tratată, chiar dacă există un standard de comportament.

D. Conceptele juridice sunt normative, nu constatative

Conceptele juridice constrâng realitatea, nu o urmează. Aceasta înseamnă că întotdeauna o redactare constatativă a normelor juridice este doar o redactare defectuoasă sau o necesitate stilistică. Am asistat de multe ori la interpretări ale normelor constituţionale ca fiind simple declaraţii sau constatări. De exemplu, există tendinţa de a spune că dacă norma este redactată de maniera „România este stat de drept", aceasta înseamnă că norma constată un fapt. În realitate, ea impune statul de drept ca formă de organizare a statului român. La fel se întâmplă cu statul democratic, cu caracterul social al statului de drept, cu caracterul unitar, independent sau altele asemenea. Incapacitatea Curţii Constituţionale de a da un conţinut normativ concret acestui tip de dispoziţii are ca explicaţie tipul de defect de conceptualizare pe care îl semnalăm şi care este general. Cred că aproape una din zece sesizări ale Curţii are ca fundament şi statul de drept. Dar, deşi alte Curţi, ca cea germană de exemplu, face din acest concept un referent util şi frecvent al controlului de constituţionalitate, Curtea română nu înţelege practic conceptul ca unul normativ, ci ca unul constatativ. Consecinţa este că îl evită. Şi jurisprudenţa de eschivare este prea abundentă ca să o citez.

E. Conceptele juridice sunt concepte operaţionale

În fine, conceptele juridice trebuie să fie operaţionale. Lipsa de eficienţă operaţională dejuridicizează conceptul. De exemplu, calificarea actelor premergătoare urmăririi penale ca fiind *sui generis*, cum face Curtea Constituţională[13], este evident neoperaţională din punct de vedre juridic. Indiferent cât s-ar strădui Curtea, conceptul de „acte sui generis" nu poate fi juridicizat. Consecinţa acestei idei este că orice concept care nu este operaţional nu este valid din punct de vedere juridic. Previzibilitatea normei cuprinde şi acest aspect. Astfel că o normă care cuprinde concepte neoperaţionale este

[13] Decizia nr. 995 din 8 iulie 2010, Publicată în Monitorul Oficial nr. 594 din 23.08.2010; vezi comentariul Mădălinei Putinei, Pandectele Române nr. 11/2010 (în curs de apariție).

neconstituţională. De exemplu, una care sancţionează penal faptele care afectează moralul armatei, cum prevedea la un moment dat legislaţia franceză[14]. Sau una care sancţionează propaganda în favoarea statului totalitar, cum o face legislaţia noastră[15].

§2. Definirea conceptelor juridice

Având în vedere caracterele conceptelor juridice analizate mai sus, trebuie ca definirea unui astfel de concept, a unei instituţii juridice sau a unui subsistem juridic să urmeze reguli specifice. Din nefericire, rareori aceste reguli sunt respectate în practica juridică. Stăpânirea tehnicilor juridice de definire nu sunt deloc punctul forte al juriştilor. Iată de ce mi se pare util să analizez pe scurt specificul acestora.

A. Definirea constructivă a conceptelor juridice

Definirea conceptelor juridice trebuie să fie totdeauna constructivă, nu explicativă. „Prin definiţie explicativă se înţelege o definiţie care tinde să dea seama de un concept «dat dinainte» şi care preexistă, prin ipoteză, operaţiei însăşi de definire. Prin definiţie constructivă, dimpotrivă, se înţelege o definiţie care tinde să creeze un concept nou prin chiar actul definirii. Dacă prima dintre aceste definiţii poate fi considerată adevărată sau falsă din punct de vedere logic, după cum ea corespunde în mod efectiv conceptului de care pretinde să dea seama, cea de a doua, dimpotrivă, din cauza caracterului său convenţional, nu poate fi calificată nici ca adevărată, nici ca falsă, ceea ce nu exclude faptul că ea ar putea fi apreciată în termeni de «pertinenţă», în ce priveşte obiectivele urmărite şi consecinţele pe care poate să le angajeze în câmpul cunoaşterii şi comunicării”[16].

[14] Decretul-lege din 30 octombrie 1935.
[15] Art. 286, Cod penal.
[16] Fr. Ost, M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 166.

Definiţia constructivă este utilizată, în general, dintr-o nevoie de ruptură epistemologică în raport cu reprezentările dominante vehiculate de limbajul uzual şi în raport cu anumite limbaje tehnice specializate. Cel de-al doilea fel de definiţie, cea explicativă, caută, dimpotrivă, să desprindă, printr-o analiză empirică urmată de generalizare, sensul dominant al unui concept.

Conceptele juridice sunt în mod necesar constructive. Ele nu sunt niciodată generalizări ale unei cunoaşteri sensibile. De altfel, generalizările explicative nu sunt decât aparent regula conceptualizării când avem de a face cu artefacte. Conceptul de *masă*, de exemplu, poate fi gândit ca rezultat al unei generalizări a datelor sensibile, desprinse din analiza mai multor mese. Dar dacă ne gândim la cel care a conceput prima oară o masă, atunci trebuie să recunoaştem că el nu avea ce generaliza, că el construise conceptul însuşi de *masă* fără să fi văzut vreodată o masă, că el nu putea utiliza decât o conceptualizare constructivă. Regulile sau conceptele juridice sunt prin natură artefacte. Ele sunt normative, pe de altă parte, adică constrâng realitatea, nu o descriu. Ele trebuie construite. A face din conceptele juridice concepte definite descriptiv, înseamnă a practica un conformism faţă de o creaţie doctrinară sau jurisprudenţială anterioară sau faţă de definiţiile legale, care sunt excepţionale şi problematice ca precizie conceptuală. Definiţiile doctrinare nu sunt însă normative, cele legale au la rândul lor nevoie de o interpretare constructivă, iar cele jurisprudenţiale nu sunt decât indicative, dacă nu vrem să blocăm actul de judecată în repetarea stereotipă a interpretărilor instanţelor superioare.

Problema jurisprudenţei şi doctrinei juridice româneşti este că de multe ori ele definesc explicativ conceptele juridice. Acest tip de metodă de decizie sau analiză nu face decât să stereotipizeze argumentaţia sau chiar să o blocheze. Un exemplu concludent este cel al calificării actelor anterioare urmăririi penale ca fiind acte care nu sunt realizate în timpul procesului penal, ceea ce conduce Curtea Constituţională să le califice ca fiind „sui generis", adică de fapt să refuze să le califice din punct de vedre juridic[17]. Astfel, Curtea decidea că „actele premergătoare au o natură proprie, care nu poate fi identificată sau subsumată naturii *precise şi bine determinate* a altor instituţii. Aşa cum rezultă

[17] Decizia nr. 995 din 8 iulie 2010, precitată; vezi M. Putinei, op. cit., p. .

din chiar denumirea lor, acestea premerg faza de urmărire penală, având un caracter de anterioritate desprins din scopul instituirii lor, şi anume acela de a completa informaţiile organelor de urmărire penală, de a verifica informaţiile deţinute şi de a fundamenta convingerea organului de cercetare penală ori procurorului cu privire la oportunitatea începerii ori neînceperii urmăririi penale. Aşa fiind, aceste acte, prin conţinutul lor, au un caracter *sui generis*, limitat însă de atingerea scopului. Abia dincolo de această graniţă se poate vorbi de o împingere *într-un cadru extraprocesual* al actelor care trebuie îndeplinite sub hegemonia garanţiilor impuse de faza urmăririi penale". Curtea a mai reţinut că „garantarea dreptului la apărare nu se poate asigura în afara procesului penal, înainte de începerea urmăririi penale, când făptuitorul nu are calitatea procesuală de învinuit sau inculpat. [...] Efectuarea de către organele de urmărire penală a unor acte premergătoare, anterior începerii urmăririi penale, în vederea strângerii datelor necesare declanşării procesului, nu reprezintă momentul începerii procesului penal şi se efectuează tocmai pentru a se constata dacă sunt sau nu temeiuri pentru începerea procesului penal". De fapt Curtea îşi bazează decizia pe o interpretare doctrinară a noţiunii de proces penal, căci momentul începerii acestuia nu rezultă direct din nicio normă legală, identificând începerea procesului cu începerea urmăririi penale. Pentru că nu are cum să scoată în mod real actele anterioare urmării penale în afara procesului penal, Curtea le califică drept *sui generis,* adică *incalificabile.* Curtea utilizează de fapt o definire explicativă a conceptului de *proces penal*, în loc să utilizeze una constructivă[18].

Tot astfel se întâmplă când legea dă efect obligatoriu pentru instanţele ordinare interpretării legii făcută de Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie în recursul în interesul acesteia. De fapt, Curtea impune interpretarea ca şi cum ar exercita funcţia legislativă în materia legilor interpretative. Acest procedeu blochează conceptualizarea juridică la nivelul instanţelor inferioare în grad, care trebuie să decidă fără a mai putea lua în calcul o interpretare conjuncturală şi concretă a regulii juridice în raport de speţa pe care o soluţionează. Desigur, argumentul

[18] Pentru o analiză a problemei începutului procesului penal și a naturii actelor premergătoare, M. Putinei, op. cit., p. .

contra acestei pretenţii de decizie judiciară constructivă, una care operează o reconfigurare a principiilor juridice în fiecare cauză dedusă judecăţii este că regula precedentului obligatoriu este aplicabilă şi în dreptul anglo-saxon, ceea ce nu blochează raţionamentul juridic. Răspunsul meu este că regula precedentului obligatoriu impune o analiză constructivă a principiilor şi conceptelor juridice. În dreptul anglo-saxon, instanţa inferioară este cea care decide dacă este în prezenţa unei cauze similare unei cauze anterioare. Şi dacă decide că nu există similitudinea, poate crea un nou precedent. Apoi, ea alege precedentul, în raport de tipul similitudinii între cauze pe care o consideră relevantă. Pe de altă parte, ea decide ce considerent juridic, dintre cele pe care instanţa care a stabilit precedentul le face, este principiul care dă seama de soluţie şi ce este *obiter dicta*, spus fără a fi determinant pentru soluţie. De fapt deci, precedentul este obligatoriu, dar raţionamentul juridic al instanţei care pare legată de el rămâne constructiv. Instanţa poate decide oricând că speţa este nouă şi poate decide ca şi când ar fi prima dată când genul acela de cauză este soluţionat. Orice aplicare a regulii poate fi considerată prima aplicare. În schimb, în sistemul nostru decizia dată în recursul în interesul legii blochează interpretarea. Conceptualismul juridic românesc devine descriptiv. Judecătorii par condamnaţi să scrie note de subsol la deciziile instanţei supreme.

O consecinţă a acestei necesităţi de definire constructivă a conceptelor juridice este că ele trebuie definite mai degrabă în termeni de *pertinenţă*, decât de *adevăr*. Conceptele juridice nu au ca finalitate cunoaşterea, ci acţiunea. De aceea ele nu pot fi decât *construite*, nu *date*. Acest lucru înseamnă că ori de câte ori analiza sau normarea este făcută în termenii adevărului şi falsului ea depăşeşte sfera tipică dreptului. De exemplu, Curtea Constituţională face consideraţii extrajuridice ori de câte ori analizează motivele restrângerii exerciţiului unor drepturi sau al derogărilor de la egalitate în termenii motivului „obiectiv şi *raţional*". De fapt, este vorba de un motiv *rezonabil*. Conceptele juridice sunt constructive în sensul că ele nu se preocupă de perfecţiunea raţională, cum nu se preocupă nici de perfecţiunea morală, ci de ceea ce este conjunctural posibil şi preferabil, adică *rezonabil*.

Concluzionând, conceptele juridice sunt totdeauna constructive, în calitatea lor de artefacte, de instrumente mentale de orientare a acţiunii. În consecinţă,

definirea conceptului juridic reprezintă întotdeauna un act de creaţie al unui concept nou. Orice calificare juridică a unor fapte presupune un act de creaţie. Calificarea precisă înseamnă mai întâi de toate necesitatea de a califica de fiecare dată. Orice automatism de calificare este meta-juridic.

B. Definirea conceptelor juridice nu trebuie să fie aditivă

Conceptele juridice nu pot fi definite prin adiţionarea unor trăsături. Este consecinţa necesară a caracterului lor normativ şi constructiv. Dacă luăm de exemplu definiţia tipică a dreptului constituţional, aceasta nu face decât să adiţioneze trăsături, să descrie ce cuprind de regulă constituţiile. Am mai analizat această problemă şi nu voi face decât să reiau o parte a argumentaţiei[19]. Astfel, în general, constituţia a fost definită la noi pornind de la ideile următoare: 1. ea este legea fundamentală a unui stat; 2. cuprinde norme juridice; 3. aceste norme sunt constituţionale pentru că sunt învestite cu forţă juridică supremă; 4. obiectul de reglementare al acestor norme sunt relaţiile sociale fundamentale; 5. aceste relaţii sunt esenţiale pentru instaurarea, menţinerea şi exercitarea puterii. Practic acest tip de definiţie nu are nici o aplicabilitate juridic validă în domeniul determinării sferei dreptului constituţional. Cu alte cuvinte, astfel de definiţii nu oferă un criteriu, *valid din punct de vedre juridic*, al împărţirii normelor juridice în constituţionale şi neconstituţionale. Definiţia pare să constate doar că, de regulă, dispoziţiile constituţiilor cuprind astfel de reglementări. Dar nu ne oferă nici un criteriu care să ne ajute să decidem *de ce* constituţiile cuprind astfel de norme şi care este trăsătura lor *juridică* distinctivă care le determină *material* acest caracter constituţional. Genul de definiţie amintit descrie o realitate sociologică, cea a cuprinsului majorităţii constituţiilor formale contemporane, dar nu este normativă, adică nu poate analiza critic şi decide constructiv ce *ar trebui* să cuprindă *în genere* o constituţie. Este ca şi cum ai descrie fauna marină arătând toţi peştii, dar nu ai putea să afirmi că pentru a trăi acolo aceştia au nevoie de branhii.

[19] D. C. Dănisor, *Înțelegerea trunchiată a competenței exclusive a Curții Constituționale în materia contenciosului constituțional (I),* Pandectele Române nr. 10/2010, p. 15-34.

C. Definirea conceptelor juridice trebuie să fie totdeauna sistemică

Conceptele juridice, ca şi normele juridice, sunt întotdeauna părţi ale unui sistem. Nu există realitate normativă sau de conceptualizare a normativităţii nesistemică. Acest caracter al conceptualizării juridice are câteva consecinţe importante. În primul rând, trebuie întotdeauna ca în definirea unui concept juridic să fie detectată norma de validare. În doilea rând, trebuie stabilită metoda de validare. În fine, verificarea pertinenţei conceptelor juridice presupune întotdeauna verificarea îndeplinirii cerinţelor încadrării lor sistemice.

A defini o noţiune juridică este echivalent cu a introduce o normă în sistem. Acţiunea de validare a normei este valabilă şi pentru acţiunea de conceptualizare juridică. Conceptualismul juridic este în mod necesar un sistem ierarhizat, cum sistemul juridic însuşi este un astfel de sistem. Ierarhizarea este proprietatea sistemului conceptelor juridice care constă în determinarea includerii unui concept juridic în sistem doar în baza unui alt concept al sistemului. Criteriile de juridicitate ale unui concept sunt deci determinate doar printr-o procedură de producere, nu prin judecăţi de valoare.

Când determinăm deci includerea unui concept în sistemul conceptualismului juridic trebuie să determinăm care concept superior în sistemul ierarhizat al conceptelor juridice validează includerea. Iar această alegere a conceptului de referinţă pentru validare nu este lipsită de consecinţe. De exemplu, dacă introducem conceptul violării domiciliului, putem să îi validăm pornind de la cel de protecţie a vieţii private sau pornind de la cel de protecţie a locuinţei. Sfera de cuprindere a conceptului este determinată de conceptul care fundamentează introducerea violării domiciliului în sistem. În primul caz, va fi protejat orice spaţiu în care se poate desfăşura viaţa intimă a persoanei, chiar dacă este vorba de un spaţiu care are ca regulă o altă finalitate, de exemplu un autovehicul, în al doilea, această protecţie va lipsi. În al doilea caz vor fi sancţionate doar pătrunderile fizice, în primul şi cele care nu presupun o prezenţă fizică, ci una prin mijloace audio sau video.

D. Definirea conceptelor juridice prin gen proxim şi diferenţă specifică

Definiţia *per genus proximum et differentiam specificam*, considerată adesea ca fiind definiţia prin excelenţă, constă în a caracteriza un fenomen pornind de la trăsăturile pe care le împărtăşeşte cu alte fenomene (trăsături constitutive ale genului proxim) şi de la trăsăturile particulare care îi sunt proprii şi îl diferenţiază de acestea.

Problema juristului când utilizează acest tip de definire este că în cazul noţiunilor juridice este dificil să găseşti genul proxim. De regulă, când este definită o ramură sau o instituţie juridică se afirmă că acestea sunt un ansamblu de norme, pentru ca apoi să se determine diferenţa specifică a normelor, nu a sistemului de norme a cărui definire este tentată. Genul proxim ar trebui să fie de natura realităţii de definit, adică sistemic, şi nu elementul constitutiv al sistemului juridic, adică norma.

Pe de altă parte, diferenţa specifică este de multe ori greşit înţeleasă. Diferenţa specifică este determinată meta-juridic, de regulă prin determinarea trăsăturilor distinctive ale grupului de relaţii sociale reglementate. Or trăsăturile care constituie diferenţa specifică a unui subsistem de norme juridice trebuie să fie *juridică*. Această diferenţă specifică ar trebui să fie legată de normare, nu de faptele normate. Ar trebui ca obiect al reglementării să fie considerat obiectul imediat: tipul de ordin emis. De exemplu, dacă definim dreptul civil ca un ansamblu de norme care reglementează raporturile patrimoniale şi nepatrimoniale între persoane fizice şi juridice aflate pe poziţie de egalitate juridică, atunci diferenţa specifică este determinată în raport de obiectul reglementării: un numit tip de relaţii sociale, iar poziţia de egalitate juridică a părţilor raportului concret este confundată cu metoda de reglementare. Dacă ţinem seama de cele afirmate mai sus, atunci trebuie căutat tipul de ordin specific dreptului civil. Metoda de reglementare tipică dreptului civil este reglementarea neimperativă. În acest sens el este liberal[20].

Concluzionând, un concept nu este juridic decât dacă este formal,

[20] Pentru analiza dreptului civil ca drept individualist şi liberal, vezi I. Dogaru, N. Popa, D. C. Dănișor, S. Cercel, (coordonatori), *Bazele dreptului civil, vol. I - Teoria generală*, C. H. Beck, București, 2008, p. 39-54.

opoziţional, neutru, procedural, evolutiv şi operaţional. Definirea unui astfel de concept trebuie să fie totdeauna normativă, constructivă, sistemică şi neaditivă, iar genul proxim şi diferenţa specifică utilizate în cadrul operaţiei de definire a unui astfel de concept trebuie să fie juridice, nu factuale. Conceptele care nu verifică trăsăturile de mai sus sau care sunt definite prin derivare din fapte, nu sunt juridice. Din nefericire, doctrina şi jurisprudenţa din România contemporană abundă de astfel de concepte pseudo-juridice.

Capitolul 3. Dejuridicizarea Constituţiei

Secţiunea 1. Exemplul raporturilor dintre Constituţie, economie şi reforma permanentă

Economia a ajuns un idol. Unul care cere închinare din partea tuturor ştiinţelor. Şi o obţine. Dreptul nu face excepţie: se prosternează. Şi, ca orice zeu, economia se lasă greu înţeleasă de profani. Juriştii, instruiţi la noi de regulă în economie politică mai degrabă decât în politici economice, ar fi, teoretic, chemaţi să încadreze normativ economia şi să o canalizeze într-o direcţie stabilită politic. Dar această pretenţie de impunere normativă a dreptului şi a politicului în faţa economiei este negată de realitatea idolatriei contemporane pentru Economie (şi majuscula nu este o figură de stil, ci o realitate palpabilă).

În acest context psihologic, a vorbi de Constituţia economică a unui stat nu pare deloc paradoxal. Norma normelor nu o poate ocoli pe Sfânta sfintelor. Sistemul regulilor de validare a normelor juridice *trebuie* să aibă ca obiect Economia.

Reforma, la rândul ei, a devenit un idol. Cel puţin în statele care au cunoscut totalitarismul[1] şi au pretenţia de a ieşi din logica acestuia. Acest nou dumnezeu al politicienilor comandă schimbarea permanentă a tuturor lucrurilor. Nu este mare diferenţa de conţinut faţă de mai vechea *revoluţie permanentă*[2], dar se pare că memoria ideologică are reguli diferite de cele ale memoriei obişnuite. Oricum, efectul acestei reforme permanente este refacerea unor mecanisme tipice totalitarismului prin alte mijloace decât cele utilizate de comunişti[3]. Mutabilitatea excesivă a instituţiilor publice şi a regulilor juridice face ca sistemul să-şi subordoneze deplin persoanele, căci acestea nu mai pot prevedea în mod rezonabil care sunt regulile şi sistemele de constrângere

---

[1] Pentru analiza naturii acestui regim vezi H. Arendt, *Originile totalitarismului*, Humanitas, Bucureşti, 1994 ; R. Aron, *Democraţie şi totalitarism*, All, Bucureşti, 2001; J. Friedrich, *Totalitarism*, Cambridge, MASS: Harvard University Press, 1954; C. Polin, *Le totalitarisme*, P.U.F., Paris, coll. «Que sais-je?», 1982; M. Gauchet, *L'expérience totalitaire et la pensée de la politique*, Esprit, 1976; C. Lefort, *Invenţia democraţiei. Limitele dominaţiei totalitare*, Paralela 45, 2002.

[2] Concept lansat de K. Marx şi dezvoltat teoretic de L. Troţki, conform căruia revoluţia nu trebuie să se oprească până când nu îşi atinge toate obiectivele. Nicolae Ceauşescu descria revoluţia permanentă ca pe un un "proces care nu s-a sfârşit şi nu se va sfârşi niciodată".

[3] Vezi J.-P. Le Goff, *La démocratie post-totalitaire*, La Découverte, Paris, 2002.

aplicabile.

Mai nou, se vorbeşte de *revizuirea Constituţiei economice a României*[4]. Tema este în ton cu moda: cei care o frecventează se închină economiei şi reformei. Dar să fie necesară reforma permanentă? Şi să aibă, oare, Constituţia ca obiect de reglementare economia?

La aceste întrebări o să încerc să răspund în rândurile ce urmează, analizând mai întâi necesitatea revizuirii Constituţiei în general, mai apoi dejuridicizarea noţiunii de Constituţie prin pretenţia de a introduce ca obiect de reglementare constituţională economia, raporturile reale ale Constituţiei cu economia şi, în fine, dacă dispoziţiile constituţionale care par să privească economia ar trebui modificate.

§1. Între reforma permanentă şi stabilitatea constituţională

Sistemul juridic suportă, de regulă, o tensiune fundamentală: cea dintre necesitatea de a se adapta fluidităţii din ce în ce mai accentuate a fenomenelor sociale şi economice şi necesitatea de a asigura siguranţa juridică a subiecţilor de drept, printr-o stabilitate a regulilor care le impun comportamente şi printr-o previzibilitate rezonabilă a schimbărilor normative[5]. Necesitatea reală a reformării radicale a sistemului juridic într-un stat post-totalitar, dublată de fetişismul reformei, despre care vorbeam mai sus, face ca această tensiune să devină insuportabilă în România contemporană. Normarea a devenit astfel un sport iubit de public. Şi galeria cere, cu inconştienţă, legi pentru orice, şi schimbarea lor la fiecare undă de şoc socială, oricât de puţin intensă. Presa, la rândul ei, fetişizează reforma normativă. Îmi amintesc că am fost stupefiat când un reporter spunea că unii parlamentari nu au făcut nimic tot mandatul pentru că nu au propus nicio lege. A propune modificarea dreptului este o activitate atât de profitabilă mediatic, încât unii au început să creadă că cine nu o practică nu există.

4

5 Vezi D. C. Dănişor, *Drept constituţional şi instituţii plitice, vol. I – Teoria generală*, C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 160, 181-184, 581-582.

Realitatea, tragică aproape, este că sistemul juridic românesc este atât de des modificat, încât aproape nimeni nu mai înţelege nimic din el. Din păcate, Curtea Constituţională, care ar fi putut să pună stavilă acestei inflaţii normative[6], prin utilizarea dispoziţiei referitoare la statul de drept, a cărei consecinţă normativă este previzibilitatea modificărilor regulilor juridice, nu şi-a asumat acest rol[7]. De altfel, conceptul însuşi de stat de drept pare să fie neclar pentru unii magistraţi ai acestei instanţe, care, în consecinţă, îl evită[8]. Astfel, siguranţa juridică[9] a persoanelor este practic distrusă. Dar, nici când instanţa de la Strasbourg ne-a condamnat pentru instabilitate normativă[10], reacţia politicienilor şi a publicului român, avid de schimbare, mai ales când ea stârneşte dezbateri televizate, de altfel lipsite de orice consistenţă, nu a fost clamarea temperării galopului legislativ în care s-a angajat statul român.

---

[6] J.-P. Henry, *Vers la fin de l'Etat de droit?*, în Revue de Droit Public, 1978 ; W. Leisner, *L'Etat de droit – une contradiction?*, în *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, Paris, 1974 ; R. Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, Recueil Dalloz, Paris, 1977; R.-G. Schwartzenberg, *L'Etat spectacle*, Flammarion, Paris, 1977.

[7] Sesizările Curţii Constituţionale în care dispoziţia constituţională privind statul de drept este invocată sunt foarte dese. De regulă, Curtea reia pur şi simplu dispoziţia, fără să facă nici o apreciere cu privire la conţinutul său normativ.

[8] Există câteva decizii mai consistente asupra statului de drept, dar jurisprudenţa este inconstantă. Vezi Decizia nr. 169/1999, M. Of. nr. 151 din 12.04.1999; Decizia nr. 20/ 2000, M. Of. nr. 72 din 18.02.2000; Decizia 31/2000, M. Of. nr. 222 din 19.05.2000; Decizia nr. 70/ 2000, M. Of. nr. 334 din 19.07.2000; Decizia nr. 189/2006, M. Of. nr. 307 din 05.04.2006.

[9] M. Fromont, califica principiul ca pe unul care „este aproape raţiunea de a fi a dreptului", *Le principe de sécurité juridique*, AJDA, Hors série, 1996, p. 178. Vezi D. C. Dănişor, *op. cit.*, p. 562-563.

[10] Vezi *Viaşu c. Roumanie*, Troisième Section, 9 decembrie 2008, definitivă la 09.03.2009, care confirmă în termeni duri o jurisprudenţă, din păcate, constantă. Vezi rezumat și comentariu de Crina Kaufman, Sebastian Rădulețu, Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2009, p. 34-46. Vezi de asemenea, hotărârea din 29 iunie 2006, pronunțatã în cauza *Togonel și Grădinaru*; hotărârea din 29 iunie 2006, pronunțatã în cauza *Jujescu*; hotărârea din 20 iulie 2006, pronunțatã în cauza *Radu*; hotărârea din 27 iulie 2006, pronunțatã în cauza *Rabinovici*; hotărârea din 12 octombrie 2006, pronunțatã în cauza *Bărcănescu*; hotărârea din 12 octombrie 2006, pronunțatã în cauza *Tovaru*; hotărârea din 14 decembrie 2006, pronunțată în cauza *Vidrașcu*.

Constituţia părea mai stabilă în acest torent al reformei permanente. Dar, în ultima vreme, se pare că şi acest act fundamental stârneşte pasiunea schimbării. Explicaţia aparentă este necesitatea de a elimina contradicţiile sistemice. Cauza reală este neînţelegerea virtuţilor contradicţiei[11].

Consensul este supraevaluat. Poate din cauza ieşirii noastre dintr-o societate atomizată, de masă (în care statul a încercat să distrugă orice viaţă asociativă la nivelul societăţii civile, pentru a obţine dominaţia totală asupra unei mase amorfe, lipsită de structuri intermediare, situate între stat şi cetăţean), am ajuns să devalorizăm contradicţiile. Orice contradicţie pare să reactiveze atomizarea şi să pună sub semnul întrebării interesul general. Consecinţa este o apelare excesivă la valoarea acordului, a consensului. Corolarul este întoarcerea la mase, la popor. Orice fragmentare a interesului general ne pare, datorită acestei mentalităţi, o negare a democraţiei.

Partidele politice sunt percepute ca grupuri care nu pot reprezenta interesul general, pentru că fiecare îl vede în alt fel. Clanuri, grupuri de interese, oligarhii, mai degrabă decât asociaţii politice legitime - astfel sunt percepute aceste structuri, de altfel absolut necesare unei societăţi democratice. Puţini par să se mai gândească la faptul că nimeni nu a reuşit să conceapă democraţia fără partide politice. De aceea masele le demonizează, iar politicienii, fideli acestei tendinţe, sunt dispuşi să le nege rolul, deşi se folosesc din plin de ele. Cu toate că noi ar trebui să fim primii care să înţelegem că o societate cu un singur partid nu poate fi democratică, părem să fi uitat experienţa trăită şi să vrem consensul între partide. Reacţia partidelor este oferirea unui centrism paradoxal, conform căruia toate partidele caută să abordeze doar temele asupra cărora se poate obţine un consens. Stânga şi dreapta nu par să mai existe decât în teorie. În practică, contradicţia făţişă cu privire la o problemă fundamentală pare să fi dispărut.

La nivelul instituţiilor statului, orice contradicţie este percepută ca o disfuncţie. Dacă Guvernul are altă opinie decât Preşedintele, reacţia generală este că această contradicţie trebuie eliminată. Experienţa coabitării de acum câţiva ani a condus la impunerea ideii că este necesară revizuirea Constituţiei

[11] D. C. Dănişor, *Virtuţile contradicţiei*, Editorial Pandectele Române nr. 1/2011.

pentru a elimina contradicţia eventuală între cele două instituţii. Dacă Parlamentul nu reacţionează favorabil şi rapid la iniţiativele guvernamentale, iar opoziţia contestă proiectele de lege sau politicile Guvernului, problema este percepută în termenii ineficienţei legiferării. Se pare că orice contradicţie instituţională este percepută ca o disfuncţionalitate sistemică. Totuşi, separaţia puterilor în stat, principiu constituţional pe care nimeni din lumea politică nu îndrăzneşte să îl conteste direct, impune necesitatea acestor contradicţii şi a acestor limitări reciproce ale puterilor. Nevoia de consens, care maschează mai degrabă lipsa de iniţiativă şi nevoia de a primi ordine de la un superior, distruge, la nivelul mentalului colectiv, dacă nu la nivelul ordinii juridice, mecanismele separaţiei puterilor.

Ineficienţa clamată a statului, datorată acestor contradicţii, cere ca regulile constituţionale privind exerciţiul puterii să fie schimbate. Dar, din păcate, tendinţa este de a evita partajul real de competenţe. Ierarhizarea pare să fie consemnul pentru această revizuire.

Cauzele reale ale lipsei de funcţionare a sistemului politic şi constituţional românesc, care se situează la nivelul societăţii civile, mai ales la nivelul sistemului de partide, sunt ignorate. Se cere schimbarea sistemului, când de fapt ar trebui să se schimbe impulsul pe care acesta îl primeşte. Reacţia din ce în ce mai favorabilă faţă de revizuirea Constituţiei nu ţine cont de evidenţă: dacă dai unui aparat electric o tensiune necorespunzătoare şi el se arde sau nu funcţionează, nu îţi cumperi alt aparat, ci schimbi sursa de alimentare. Tot astfel, dacă funcţionarea incorectă a sistemului constituţional se datorează impulsului politic necorespunzător – şi cred că nimeni nu poate nega faptul că sistemul de partide este disfuncţional în România – nu schimbi sistemul constituţional, ci trebuie să corectezi impulsul care îl alimentează. În România însă, toţi afirmă necesitatea reformării clasei politice, dar nimeni nu pare conştient de faptul că de vină pentru funcţionarea greşită a sistemului de partide este centrismul ilogic al doctrinelor partizane.

Pentru mine este clar că nu avem o Constituţie desăvârşită, dar revizuirea ei, înainte de corectarea sistemului partizan, nu numai că nu va avea niciun rezultat concret pozitiv, ci va crea şi mai multă nesiguranţă juridică persoanelor. Stabilitatea constituţională este atât de importantă pentru garantarea libertăţii,

încât ea a dat naştere unui lung şir de limite ale puterii de revizuire. A ignora avertismentul pe care îl dau toate sistemele când comandă îngreunarea extremă a schimbărilor constituţionale mi se pare aproape criminal. Dacă este deci de ales între reforma permanentă şi stabilitatea constituţională, înţelept este să o alegem pe cea de a doua.

§2. Dejuridicizarea Constituţiei prin extensia obiectului său de reglementare

Dreptul nu are privilegiul de a avea un aparat conceptual ferit de influenţele celorlalte ştiinţe sociale. Totuşi, există o categorie aparte de concepte ce pot fi considerate juridice, precum şi o tehnică prin care împrumuturile conceptuale din alte ramuri ale cunoaşterii pot fi juridicizate. Desigur, această tehnică nu este uşor de mânuit. Mai ales când este vorba despre concepte cu aspect de Ianus, cum este cel de Constituţie.

În opinia mea, care le poate părea unora prea kelseniană, conceptele juridice trebuie să evite opţiunile morale sau comprehensive, adică trebuie să fie *neutre*. Cel de Constituţie nu trebuie să facă excepţie. Neutralitatea sa trebuie completată cu formalizarea, în vederea juridicizării, prin proceduralizarea conţinutului său[12]. Din păcate, aceste tehnici sunt rar folosite în doctrina juridică autohtonă. De aceea, Constituţia este definită substanţial şi aditiv, utilizându-se copios noţiuni meta-juridice, extrem de vagi[13].

Rezultatul este o extensie necontrolată a obiectului de reglementare atribuit Constituţiei, care duce la dejuridicizarea ei. Definirea tipică, cea care are ca element central determinarea obiectului de reglementare al Constituţiei pornind de la caracteristicile grupei de relaţii sociale reglementate, oferă posibilitatea de a introduce în această categorie de relaţii aproape orice, deoarece relaţiile sociale reglementate sunt determinate ca „fundamentale" şi „esenţiale" pentru putere, concepte care depind de poziţia ideologică a celui care utilizează

[12] D. C. Dănişor, *Juridicizarea conceptelor*, articol în curs de apariţie în Revista Dreptul.

[13] D. C. Dănişor, *Înţelegerea truchiată a competenţei exclusive a Curţii Constituţionale în domeniul contenciosului constituţional (I)*, în Pandectele Române nr. 10/2010, p. 25-29.

noţiunile.

Pornind de la această metodologie juridică deficitară, Constituţia devine flexibilă, ea extinzându-şi sau restrângându-şi obiectul de reglementare în raport de interesele conjuncturale ale organelor statului, afectând siguranţa persoanelor, care nu mai pot anticipa constrângerea. Astfel, Curtea Constituţională extinde, când are interes, noţiunea de securitate naţională, introducând în sfera acesteia şi o pretinsă securitate economică, noţiune care nu este sigur că ar putea vreodată să fie definită[14]. Când interesele diferă, sfera noţiunilor constituţionale este restrânsă, cum s-a întâmplat cu noţiunea de drepturi şi libertăţi al căror exerciţiu nu poate fi limitat decât în condiţiile art. 53 din Constituţie, Curtea afirmând că acestea trebuie să fie „fundamentale", adică expres prevăzute în Constituţie[15]. Cum economia este idolatrizată, garanţii supremaţiei Constituţiei au ajuns să ne spună că norma este constituţională pentru că în starea conjuncturală a economiei nu ne permitem costurile unei aplicări generale a utilizării limbilor minoritare în raporturile cu administraţia publică locală, dar, dacă am avea mai mulţi bani, ea nu ar mai fi conformă cu Constituţia[16].

Noţiunea de Constituţie este însă una juridică, deci cu necesitate precisă, dacă scopul ei este limitarea posibilităţii exercitării arbitrare a puterii, pentru a garanta libertatea şi siguranţa persoanelor. Rostul definirii Constituţiei şi, prin aceasta, a determinării clare a obiectului ei, este trierea normelor care trebuie să fie cuprinse într-o constituţie de normele care nu au, datorită naturii lor, ce căuta în sfera de reglementare a dreptului constituţional. Criteriul definirii trebuie să fie juridic, nu economic, politic, filosofic, sociologic sau de o altă

---

[14] Vezi Decizia nr. 872 din 25 iunie 2010, Decizia nr. 873 din 25 iunie 2010 şi Decizia nr. 874 din 25 iunie 2010, M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010, *comentarii de drd. Mădălina-Cristina Putinei,* Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2010, p. 103-107, *drd. Mirela Alexandra Popescu,* Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2010, p.107-109, *drd. Adriana-Florina Bălășoiu*, Revista Română de Jurisprudență nr. 2/2010, p.110-113.

[15] Decizia nr. 73/1995, M. Of. 177 din 8 august 1995.

[16] Vezi Decizia nr. 112/2001, M. Of. nr. 280 din 30 mai 2001; vezi D. C. Dănișor, *Constituția României comentată. Titlul I – Principii generale*, Universul Juridic, București 2009, p. 157 și urm.

natură. Eu cred că normele constituţionale au ca obiect de reglementare modul producerii celorlalte norme. Constituţia este sistemul normelor secundare, care determină modul introducerii valide în sistem a normelor primare.

§3. Constituţia şi economia

Dacă ne raportăm la o astfel de înţelegere a noţiunii şi sferei Constituţiei, economia nu poate fi obiect de reglementare constituţională. Ceea ce Constituţia reglementează cu privire la economie este modul în care normele de comportament economic sunt produse. Nu normele care reglementează relaţiile economice sunt constituţionale, căci acestea sunt primare, ci normele de validare a normelor care încadrează relaţiile economice, adică normele secundare.

Astfel, când Constituţia României dispune în art. 135 alin. (1) că „economia României este economie de piaţă", obiectul reglementării nu îl constituie economia, ci limitarea intervenţiilor statului în economie, adică, în primul rând, modul în care acesta reglementează comportamentele economice şi intervine direct în viaţa economică. În alineatul al doilea, este clar că obiectul reglementării îl constituie modul în care statul se raportează la economie, căci textul dispune că „statul trebuie să asigure...". Normele sunt deci secundare, dacă sunt raportate la comportamentele economice, adică au ca obiect modul în care statul normează şi aplică regulile referitoare la economie, nu modul în care se comportă actorii vieţii economice.

§4. Revizuirea pentru revizuire

Dacă vorbim aşadar de Constituţia economică, referindu-ne la economie ca obiect de reglementare al Constituţiei, atunci eu cred că o astfel de Constituţie nu există. Constituţia este *juridică*, nu economică. A revizui deci raporturile economice nu este o problemă constituţională.

Ceea ce poate fi discutat este eventuala revizuire a cadrului de producere a normelor care reglementează economia şi, deci, al intervenţiilor statului în economie.

Or, acest cadru este, după părerea mea, bine gândit. Problemele intervin din cauza extinderii sau restrângerii arbitrare a sferei noţiunilor constituţionale, datorată unei tehnici deficitare de juridicizare a noţiunilor extrajuridice prezente în reglementările constituţionale, deci carenţelor de interpretare. Cea care ar trebui să fie revizuită este aplicarea, nu cadrul normativ constituţional.

Reacţia inversă, cea a revizuirii normelor când aplicarea lor nu produce rezultate se datorează fetişizării reformei permanente, atât de prezentă în mentalul colectiv românesc, încât orice politician care nu îşi propune o reformă este taxat ca ineficient. În cazul aşa-zisei Constituţii economice a României, am face doar o revizuire de dragul revizuirii, într-un moment în care impulsul economic dat statului, ca şi cel politic, este deficitar, dată fiind criza economică mondială. Eu cred că acest impuls este cel care trebuie corectat, printr-o utilizare adecvată a cadrului constituţional existent, şi abia apoi pusă, eventual, problema revizuirii Constituţiei. Altfel, tindem la revizuirea nimicului.

Secţiunea 2. Considerarea unor dispoziţii constituţionale ca simple utopii – tradiţiile democratice ale poporului român şi idealurile Revoluţiei

Constituţia se dejuridicizează prin extinderea obiectului său de reglementare. Cum arătam, economia, şi nu modul de producere a normelor, pare să devină obiect al reglementării constituţionale. Dar ea se mai dejuridicizează într-un mod. Unele dispoziţii constituţionale sunt văduvite de efectele lor fireşti, pentru că sunt considerate simple utopii. Se întâmplă astfel cu cea introdusă prin revizuire în 2003 în art. 1(3), care face dependente valorile supreme ale statului român şi caracterele fundamentale ale acestuia de tradiţiile democratice ale poporului român şi de idealurile Revoluţiei din decembrie 1989.

Deşi de le revizuirea Constituţiei au trecut deja mai mulţi ani, nimeni nu pare să ia cu adevărat în serios dispoziţia, considerând, aşa cum de altfel pare să fi considerat şi iniţiatorul revizuirii sau parlamentarii, aceste tradiţii şi idealuri simple utopii, iar introducerea lor în Constituţie simplă demagogie. Numai că, acum, la baza constituţionalizării lor nu mai stă voinţa particulară a unui iniţiator, ci voinţa conjugată a Parlamentului României şi a poporului român,

ceea ce le transformă în dispoziţii normative, independent de caracterul utopic al conţinutului lor şi de intenţia demagogică a prezenţei lor în legea de revizuire a Constituţiei. Aceste tradiţii şi aceste idealuri fac acum parte integrantă din Constituţia României, având valoarea juridică pe care aceasta o are, adică bucurându-se de supremaţie în ierarhia normativă internă, supremaţie afirmată acum expres de art. 1(5) din Legea fundamentală. Consecinţele imediate sunt transformarea acestor surse reale ale dreptului în surse formale (I), impunerea unei interpretări istorice şi teleologice obligatorii a unora dintre dispoziţiile constituţionale, dacă nu a întregului dispozitiv normativ constituţional (II) şi, eventual, a unui bloc de constituţionalitate (III), cu toate limitele pe care natura constituţională a acestei dispoziţii le impune puterii legislative.

§1. Transformarea surselor reale în surse formale de valoare constituţională

Sursele reale ale dreptului, adică acele realităţi exterioare sistemului juridic (mişcări politice, cerinţe economice, mişcări sociale, idei filosofice, doctrine, tradiţii) care animă conştiinţa colectivă într-un anumit moment istoric, şi care determină conţinutul concret al unui anumit sistem juridic[17], rămân exterioare sistemului juridic formal, nu sunt ele însele normative, ci doar determină voinţa care reprezintă sursa materială a normei să adopte un anumit drept şi nu altul, să adopte un anumit tip de transformare a dreptului raţional[18] în drept pozitiv. Ele sunt deci doar fundamente meta-juridice ale normelor de drept şi nu norme juridice în sens propriu.

Revizuirea art. 1(3) din Constituţia României transformă însă natura tradiţiilor democratice ale poporului român şi idealurilor mişcării revoluţionare din 1989, dându-le aspectul unor surse formale ale normei, din voinţa populară manifestată în tradiţiile democratice şi din voinţa populară revoluţionară din decembrie 1989, ridicate la rangul de voinţe normative, adică de surse materiale

[17] Asupra clasificării surselor dreptului şi noţiunii de sursă reală vezi Dănişor, D. C., Dogaru, I., Dănişor, Gh., 2006, p. 108-111

[18] Asupra noţiunii de drept raţional vezi Djuvara, M., 1997, reeditare

ale dreptului, rezultând direct norme juridice obligatorii pentru legiuitor, pentru justiţia constituţională când interpretează Constituţia şi chiar pentru puterea constituantă atunci când, revizuind anumite dispoziţii constituţionale, atinge sfera caracterelor şi valorilor supreme ale statului român.

Astfel, când afirmă că suveranitatea naţională aparţine poporului român (art. 2), Constituţia pare acum să înţeleagă prin popor nu doar demosul dintr-un moment istoric ci toate demosurile care au exercitat o putere democratică, indiferent de faptul că această putere a fost instituţionalizată sau nu. Actele juridice care rezultă din această voinţă populară, dacă sunt conforme principiului democraţiei, sunt introduse în sistemul surselor formale ale dreptului constituţional român, cel puţin ca vector al interpretării caracterelor şi valorilor supreme ale statului român. Cel puţin, pentru că aceste caractere şi valori, normative în sens strict în sistemul român de drept, sunt ele însele vector al interpretării tuturor dispoziţiilor constituţionale şi joacă rolul de ponderare a exceselor conjuncturale ale unui principiu constituţional în raport cu altele, ceea ce face ca zisele tradiţii şi idealuri să fie determinante în interpretarea sistemului juridic în ansamblul său, şi pentru că ele pot justifica de principiu anumite procedee de interpretare extensivă, autorizând completarea eventualelor lacune ale sistemului constituţional pozitiv actual cu norme rezultate din tradiţia democratică a poporului român sau direct din Revoluţia română din 1989, dacă acestea sunt relevante pentru conturarea statului de drept, democratic şi social sau pentru garantarea demnităţii omului, drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, liberei dezvoltări a personalităţii umane, dreptăţii sau pluralismului politic.

Transformarea surselor reale ale dreptului reprezentate de tradiţiile democratice ale poporului român şi de idealurile Revoluţiei din 1989 în surse formale ale dreptului constituţional român are deci două posibile consecinţe juridice concrete: fie ea face doar ca interpretarea istorico-teleologică a normelor dreptului pozitiv actual să devină obligatorie, fie conduce şi la instituirea unui bloc de constituţionalitate în care ar fi cuprinse, pe lângă dispoziţiile Constituţiei actuale, toate dispoziţiile constituţiilor democratice anterioare relevante pentru democraţie, statul de drept sau garantarea valorilor supreme, precum şi acele principii juridice care, rezultând din idealurile

Revoluţiei, nu au fost formal cuprinse în Constituţia din 1991 sau în Legea de revizuire din 2003.

§2. Obligativitatea interpretării istorice şi teleologice.

A. Interpretarea istorică şi tradiţiile democratice ale poporului român.

Interpretarea istorică nu este foarte prezentă în jurisprudenţa Curţii Constituţionale române. Totuşi ea nu lipseşte şi este bazată tocmai pe referiri la tradiţiile democratice ale poporului român, deşi este anterioară revizuirii din 2003. Astfel, pronunţându-se asupra constituţionalităţii Legii administraţiei publice locale, nr. 215/2001, înainte ca utilizarea limbilor minoritare să fie constituţionalizată prin art. 120C, Curtea se sprijină pe existenţa „unei lungi tradiţii democratice în ceea ce priveşte folosirea limbii materne în raporturile dintre cetăţenii aparţinând minorităţilor naţionale, cu o anumită pondere în ansamblul populaţiei, şi autorităţile publice locale”[19] pentru a demonstra constituţionalitatea dispoziţiilor contestate, făcând referire expresă la Rezoluţia din 18 noiembrie/1 decembrie 1918 a Adunării Naţionale de la Alba Iulia, privind unirea Transilvaniei cu România, la Jurnalul Consiliului de Miniştri referitor la drepturile minorităţilor naţionale din 4 august 1938 şi la Legea nr. 86 din 6 februarie 1945 privind Statutul Naţionalităţilor Minoritare. Această lungă tradiţie democratică serveşte Curţii pentru a da o interpretare particulară dispoziţiei art. 13C privind limba oficială, ea afirmând că „fiecare dintre actele menţionate anterior dispunea că limba oficială a statului este limba română, aşa cum stabilea, de altfel, atât art. 126 din Constituţia din 1923, cât şi art. 94 din Constituţia din 1938”[20] şi cu toate acestea sistemul a putut admite utilizarea limbilor minoritare în administraţie, cât şi dispoziţiei art. 4, care, stabilind principiul unităţii poporului ca fundament al statului, interzice de principiu crearea de drepturi colective. În aceeaşi decizie, Curtea se sprijină pe tradiţia democratică şi pentru a justifica crearea prin Legea administraţiei publice locale

[19] Decizia 112/2001, M. Of. nr. 280 din 30.05.2001
[20] Idem.

a «comisiei administrative a judeţului», invocând existenţa unor „structuri asemănătoare (…) în perioada dintre cele două războaie mondiale, sub denumirea de «consiliu de prefectură» (Legea de unificare administrativă din 1925), precum şi sub denumirea de «comisie administrativă a judeţului» (Legea pentru organizarea administraţiunii locale din 1929)”[21].

Această decizie a Curţii Constituţionale, anterioară revizuirii art. 1(3)C, este importantă pentru a contura atât sfera actelor care trebuie luate în consideraţie când vorbim de tradiţiile democratice ale poporului român, cât şi sfera dispoziţiilor care trebuiesc interpretate în sensul acestor tradiţii. În ce priveşte sfera actelor care ar fi relevante pentru conturarea acestor tradiţii, trebuie să observăm mai întâi că instanţa face referire atât la acte normative ale statului român anterioare instaurării regimului comunist, cât şi la acte care nu au caracter de acte normative oficiale, cum ar fi Rezoluţia Adunării Naţionale din Alba Iulia relativă la unirea Transilvaniei cu România, act care era proclamaţia unei Adunări neinstituite oficial şi care recunoştea chiar în actul menţionat că nu are calitatea de adunare constituantă[22]. Se pare deci că instanţa constituţională înţelege să introducă în cadrul actelor din care pot fi desprinse tradiţiile democratice ale poporului român şi acte care nu au caracter normativ în sens strict, ceea ce ar putea conduce la impunerea proclamaţiilor revoluţionare ca vector al interpretării tradiţiilor la care face referire art. 1(3)C şi deci ca vector al interpretării dispoziţiilor Constituţiei actuale, cel puţin când acestea au relevanţă pentru judecarea caracterelor şi valorilor supreme ale statului român la care face referire aceeaşi dispoziţie. Apoi, Curtea găseşte relevante pentru conturarea tradiţiilor democratice nu doar acte de natură constituţională, ci şi acte de natură legislativă, dar, ceea ce este şi mai interesant, acte normative ale puterii executive, căci ea face referire la Jurnalul Consiliului de Miniştrii referitor la drepturile minorităţilor din 4 august 1938. Practic, Curtea include în sfera actelor relevante pentru tradiţiile democratice

[21] Idem

[22] „Adunarea naţională rezervă teritoriilor sus indicate autonomie provizorie până la întrunirea Constituantei aleasă pe baza votului universal” (punctul II al Rezoluţiei), citat după Ionescu, C., Dezvoltarea constituţională a României, op. cit., p. 508.

ale poporului român toate actele normative ale puterii centrale, indiferent de poziţia lor în ierarhia normativă, precum şi actele puterii revoluţionare, chiar dacă ele nu sunt normative în sens strict.

În ceea ce priveşte sfera dispoziţiilor care ar trebui interpretate în sensul acestei tradiţii, Curtea face referire expresă la mai multe tipuri de dispoziţii constituţionale: principii generale (art. 13 privind limba oficială, art. 6 privind dreptul la identitate al persoanelor aparţinând minorităţilor naţionale, art. 4 privind unitatea poporului), dar şi la dispoziţii privind structura statului (art. 120 şi 121 privind administraţia publică locală), părând să înţeleagă ca necesară interpretarea tuturor dispoziţiilor constituţionale în sensul acestor tradiţii democratice, spre deosebire de art. 1(3) din Constituţia revizuită, care pare să oblige doar la interpretarea caracterelor şi valorilor menţionate în aceeaşi dispoziţie în sensul tradiţiilor democratice. Totuşi, chiar textul constituţional obligă la interpretarea întregii Constituţii în spiritul tradiţiilor democratice, mai întâi pentru că atât caracterul democratic cât şi caracterul de stat de drept social al statului român impun interpretarea tuturor dispoziţiilor constituţionale privind exercitarea puterii şi ierarhia normativă într-un sens particular şi, mai apoi, pentru că valorile supreme servesc drept vector al interpretării dispoziţiilor privind drepturile şi libertăţile fundamentale şi drept mijloc de ponderare a exceselor conjuncturale ale unuia dintre principiile constituţionale în raport cu celelalte[23].

Dacă acceptăm această interpretare, atunci dispoziţia aparent utopică şi demagogică introdusă în art. 1(3) prin Legea de revizuire din 2003 capătă o semnificaţie deosebit de importantă, ea creând obligaţia de a interpreta toate dispoziţiile Constituţiei actuale în sensul tradiţiilor democratice ale poporului român, indiferent de poziţia actului normativ anterior în ierarhia normativă şi chiar independent, uneori, de caracterul normativ al actului care conturează zisele tradiţii.

Curtea Constituţională, care invoca până în 2003 tradiţiile democratice doar sporadic, chiar dacă jurisprudenţa era, cum am văzut, deosebit de consistentă, ar fi acum obligată de art. 1(3)C să facă referire expresă la aceste

[23] Vezi Dănişor, D.C., Valorile supreme ale statului român, 2004, p. 1-15

tradiţii atunci când ele sunt relevante din punctul de vedere al democraţiei. O interpretare istorică devenită deci obligatorie este prima posibilă consecinţă a normativizării constituţionale a tradiţiilor democratice ale poporului român.

B. Obligativitatea interpretării teleologice, valorile supreme ale statului român şi idealurile Revoluţiei

Sistemul constituţional românesc era unul axiologic încă din 1991, căci art. 1(3)C subordona întregul sistem juridic şi statal unor valori supreme, rupând astfel o tradiţie juridică strict pozitivistă, impusă de comunişti timp de aproape o jumătate de secol. Scopul oricărei normări trebuia să fie garantarea anumitor valori determinate chiar de Constituţie: demnitatea omului, drepturile şi libertăţile cetăţenilor, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea şi pluralismul politic. Toate normele sistemului juridic trebuiau deci interpretate şi aplicate în aşa fel încât să se obţină o garantare a acestor valori. Interpretarea teleologică era impusă astfel încă din 1991. Revizuirea din 2003 dă însă un sens aparte acestei obligaţii de a interpreta legile şi Constituţia în raport de o finalitate impusă în avans: finalitatea însăşi trebuie determinată în spiritul idealurilor Revoluţiei din decembrie 1989. Pentru a înţelege care este sensul acestei revizuiri trebuie deci să vedem care sunt funcţiile acestor valori supreme (a) şi care este impactul pe care constituţionalizarea idealurilor Revoluţiei din 1989 le are asupra modului de interpretare a acestora (b).

a. Funcţiile valorilor supreme

În ciuda faptului că funcţiile şi conţinutul valorilor supreme în sistemul constituţional românesc nu pot fi prea clare, datorită caracterului meta-juridic al conceptelor, unele dintre acestea pot fi desprinse din jurisprudenţa, chiar dacă nu prea bogată, construită după 1992 de Curtea Constituţională, iar altele din aplicaţiile pe care Constituţia însăşi le face acestora. Nu vom relua aici analiza valorilor supreme, rezumându-ne la a enumera funcţiile acestora: 1) schimbarea fundamentală a raporturilor dintre autoritatea de stat şi cetăţean[24]; 2)

[24] C.C.R., Decizia nr. 117/1995, precitată

substanţializarea analizei principiilor constituţionale; 3) combinarea şi echilibrarea principiilor constituţionale pentru a evita preponderenţa conjuncturală a unuia dintre ele; 4) fundamentarea unei necesare interpretări extensive a catalogului constituţional şi a conţinutului drepturilor şi libertăţilor fundamentale; 5) limitarea cauzelor posibilităţii de a restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi[25].

Conţinutul valorilor supreme impuse de art. 1(3)C este unul conjunctural şi instrumental. Acest conţinut nu este determinat *a priori*, ci în funcţie de tipul de încălcare concretă a unei valori sau alteia. Opţiunea pentru acest mod de a determina conţinutul valorilor supreme este impusă de necesitatea unei neutralităţi ideologice care să permită conceperea demnităţii umane, a liberei dezvoltări a personalităţii umane, a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, a dreptăţii sau pluralismului politic ca inerente fiinţei umane sau sistemului social, deci ca autonome faţă de fluctuaţiile opiniei sau moralei publice, fără a le fundamenta pe o singură doctrină comprehensivă, impusă independent de cerinţele opiniei sau moralei publice, adică păstrând «faptul pluralismului» ca fundament al democraţiei. Acest mod de definire conjuncturală şi instrumentală a conţinutului este de dorit în cazul tuturor valorilor supreme, căci doar astfel poate fi evitată distrugerea bazei pluraliste a societăţii democratice. Valorile normativizate de Constituţia României nu pot instaura un consens substanţial, ele trebuind să rămână doar nişte concepte instrumentale, procedurale, fără un conţinut determinat *a priori*.

b. Idealurile Revoluţiei şi valorile supreme

În urma revizuirii din 2003, valorile supreme ale căror funcţii şi conţinut le-am analizat mai sus, trebuiesc interpretate în spiritul idealurilor Revoluţiei din decembrie 1989. Care sunt însă aceste idealuri, care pot fi sursele lor documentare şi care sunt efectele constituţionalizării lor asupra funcţiilor şi conţinutului valorilor rămâne să vedem.

Care sunt idealurile revoluţiei din decembrie 1989 este greu de precizat. Or, pentru ca ele să poată avea vreo utilitate normativă ca vector al interpretării

[25] Decizia nr. 108/1995, precitată

caracterelor şi valorilor statului român, ar trebui ca această incertitudine să fie depăşită. La începutul mişcării revoluţionare, puterea provizorie de la Bucureşti a vrut în mod cert doar o revoluţie antidictatorială. Mărturie stau ezitările de a desfiinţa structurile de putere ale statului socialist, dizolvate fiind doar structurile de putere ale „clanului Ceauşescu" şi nepublicarea în Monitorul Oficial a decretului-lege de scoatere în afara legii a Partidului Comunist Român (P.C.R.). Este cert că poporul român s-a revoltat mai întâi de toate împotriva dictaturii ceauşiste. Deci idealurile democratice pot fi uşor ţinute drept idealuri revoluţionare. De altfel, Constituţia din 1989 declară expres în art. 1(3) caracterul democratic al statului român, normativizând conceptul de democraţie. Rămâne de remarcat însă că simpla constituţionalizare a democraţiei nu rezolvă prin ea însăşi problema, căci poate fi vorba de o democraţie populară, bazată pe o egalitate materială, şi nu de o democraţie liberală. Constituţia nu face, de altfel, nici o referire la caracterul liberal al statului român. Totuşi mişcarea revoluţionară a evoluat către afirmarea acestui caracter. Este clar că declararea în afara legii a P.C.R. a fost făcută de puterea provizorie sub presiunea revoluţionară, tertipul utilizat de Consiliul Frontului Salvarii Naţionale pentru a lipsi de eficienţă juridică decretul-lege prin nepublicare în Monitorul Oficial neputând să excludă din cadrul idealurilor revoluţiei această intenţie de a desfiinţa structura ideologico-politică a comunismului. Era vorba însă doar de P.C.R., nu de partidele comuniste în general, decretul lege cu privire la înfiinţarea partidelor politice interzicând de principiu doar partidele fasciste. Afirmarea fermă a caracterului antitotalitar al Revoluţiei, deci opţiunea fermă pentru un stat şi o societate liberale, este făcută abia în martie 1990 şi nu de puterea provizorie, ci de asociaţia revoluţionarilor de la Timişoara, care adoptă o proclamaţie prin care afirmă, contra Bucureştiului, caracterul antitotalitar, şi nu doar anticeauşist, al mişcării populare. Desigur că această proclamaţie nu are caracter oficial şi că ea este redactată cu intenţia vădită de a protesta, nu de a norma. Totuşi competenţa puterii provizorii de la Bucureşti de a stabili idealuri sau valori este la fel de puţin legitimă ca şi cea a revoluţionarilor timişoreni. Disputa acestor două orientări revoluţionare, una doar antidictatorială, alta expres antitotalitară, nu putea fi tranşată decât de puterea constituantă, prin adoptarea unei noi

constituţii. Dar, deşi această constituţie a fost adoptată la 8 decembrie 1991, ea nu pare să tranşeze prea clar conflictul. Astfel, Constituţia din 1991 trăda o intenţie de afirmare a unei relative continuităţi între noul regim şi cel instituit prin constituţia comunistă din 1965, căci ea afirma în art. 149 că la data intrării sale în vigoare „Constituţia din 21 August 1965 este şi rămâne abrogată", ca şi cum ea nu fusese deja desfiinţată prin mişcarea revoluţionară. Perioadei tranzitorii pare să i se nege astfel fizionomia proprie, iar idealurile Revoluţiei par să aibă ca unică sursă această nouă Constituţie. Or, aceasta are câteva aspecte care privilegiază clar viziunea antidictatorială, fără să lipsească cu totul unele dispoziţii antitotalitare. Cum am arătat, ea declara expres democraţia ca un caracter al statului român, dar nu făcea referire la caracterul său liberal, apoi declara doar pluralismul politic ca valoare supremă, fără a valoriza direct celelalte forme de pluralism, reglementa în cadrul principiilor generale doar independenţa sindicatelor, nu şi a patronatelor sau celorlalte asociaţii profesionale, reglementa egalitatea în cadrul dispoziţiilor comune în materia drepturilor şi libertăţilor individuale, pe când libertatea individuală era reglementată ca o libertate printre altele şi, ca o consecinţă, afirma ca valoare supremă nu libertatea individuală, ci doar libera dezvoltare a personalităţii umane. La nivel instituţional Constituţia din 1991 se preocupa mai degrabă de lipsirea formală de competenţe a Preşedintelui, decât de construirea unui regim parlamentar, căci Guvernului îi era lăsată posibilitatea unei largi utilizări a funcţiei legislative. În materia garanţiilor libertăţilor fundamentale, arestarea preventivă era lăsată în 1991 «magistratului», adică şi procurorului, deşi acesta era calificat chiar de Constituţie ca un organ al puterii executive şi era subordonat prin lege ministrului justiţiei, nebucurându-se nici de inamovibilitate ca judecătorii. De altfel, limitele impuse de Constituţia din 1991 puterii legislative în materia reglementării măsurilor represive erau foarte vagi, textul trimiţând continuu la reglementarea acestora prin lege.

În 2003, revizuirea constituţională autonomizează însă idealurile perioadei tranzitorii, revoluţionare, de textul propriu zis al Constituţiei din 1991. Nu idealurile vor trebui să fie interpretate în raport de dispoziţiile constituţionale, ci acestea în raport de idealurile revoluţionare. Cum sursele documentare ale acestor idealuri revoluţionare rămân incerte, trebuie găsită o

altă modalitate de a le detecta. Idealurile unei mişcări revoluţionare ar putea fi conturate în funcţie de direcţia de evoluţie ulterioară a societăţii, căci dacă ele sunt ferme, chiar dacă dificil de formulat, puterea politică va fi silită, indiferent cât ar încerca să reziste schimbării, să le transpună finalmente în norme juridice. Juridic vorbind, aceste idealuri ar putea fi conturate atunci chiar în funcţie de temele revizuirii constituţionale din 2003. Caracterul liberal al statului nu este nici acum afirmat, dar, în opinia mea, acesta poate fi uşor dedus, nu din conţinutul revizuirilor aduse Constituţiei, căci acestea pot fi uneori criticabile, ci din orientarea generală a acestei modificări constituţionale.

Libertatea este fundamentul liberalismului. Consistenţa acesteia constă în faptul că ea este o prerogativă a naturii umane, care presupune autonomia, siguranţa şi proprietatea[26]. Dacă putem detecta o evoluţie a Constituţiei către întărirea acestor idealuri liberale, atunci putem vorbi de clarificarea idealurilor Revoluţiei din 1989.

Autonomia faţă de stat presupune transpunerea libertăţii într-un catalog constituţionalizat al drepturilor şi libertăţilor fundamentale şi existenţa unor reguli stricte impuse statului când restrânge exerciţiul acestora. Legea de revizuire a Constituţiei din 2003 tinde în mod clar să mărească sfera acestei autonomii, atât prin introducerea unor noi drepturi şi libertăţi fundamentale, cât şi prin circumscrierea mai exactă a posibilităţii restrângerii exerciţiului lor. Astfel, au fost constituţionalizate accesul la cultură, libertatea economică şi dreptul de a fi ales în Parlamentul european şi au fost reconfigurate, pentru o mai bună protecţie a individului, egalitatea în drepturi, accesul liber la justiţie, libertatea individuală, dreptul de proprietate privată şi dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică. De asemenea, a fost îngreunată posibilitatea de a restrânge exerciţiul unor drepturi sau a unor libertăţi, prin introducerea unei condiţii de necesitate a restrângerii într-o societate democratică şi printr-o condiţie de nediscriminare în aplicarea măsurii. Idealul liberal al autonomiei individuale poate fi astfel ţinut ca intrinsec evoluţiei constituţionale a României şi deci ca un ideal al Revoluţiei din 1989 în raport cu care trebuiesc interpretate dispoziţiile constituţionale.

[26] D.C. Dănişor, 2006, p. 40- 85.

Liberalismul înseamnă *siguranţă*, adică garantare a drepturilor individuale prin mecanismul statului constituţional, adică prin intermediul unui mecanism de limitare a puterii. Siguranţa, ca element constitutiv al libertăţii în liberalism, presupune prevenirea atingerilor care ameninţă libertatea. Se poate spune că siguranţa este procedura garantării libertăţii. Siguranţa, în doctrina şi practica liberală, presupune existenţa statului constituţional, care să garanteze evitarea arbitrarului printr-un triplu joc, cel al *ierarhizării normative*, adică al divizării verticale a puterii, cel al *separaţiei puterilor*, adică al divizării orizontale a puterii, şi cel al *protecţiei juridice a libertăţii individuale.*

Legea de revizuire a Constituţiei României abordează exact aceste teme. Astfel, ea afirmă, pentru prima oară după 1989, în mod expres supremaţia Constituţiei şi obligativitatea legii, clarifică poziţia tratatelor în ierarhia normativă şi, afirmând în continuare necesitatea interpretării dispoziţiilor constituţionale privind drepturile şi libertăţile cetăţenilor în conformitate cu tratatele internaţionale referitoare la drepturile omului precum şi prioritatea acestora din urmă faţă de legile interne, precizează că legile sunt totuşi aplicabile contra tratatelor dacă cuprind dispoziţii mai favorabile. Ierarhia normativă este astfel expres afirmată şi mult mai bine conturată, deducându-se că statul îi acordă un rol central în afirmarea libertăţii individuale. În acelaşi sens este şi afirmarea mai pregnantă a caracterului obligatoriu al deciziilor Curţii Constituţionale, căci revizuirea renunţă la procedura de confirmare de către Parlament a constituţionalităţii legii printr-un vot calificat cu majoritate de două treimi, iar deciziilor pronunţate în cadrul controlului ulterior promulgării li se conferă în mod expres caracter general obligatoriu, consecinţele lor faţă de lege fiind clare acum, căci legea sau ordonanţa îşi încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii, dacă în acest interval Parlamentul sau Guvernul nu pun de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei, pe durata acestui termen dispoziţiile neconstituţionale fiind suspendate de drept. Astfel, supremaţia Constituţiei nu este doar afirmată, ci făcută efectivă, iar ierarhia normativă se constituie în mod clar într-o modalitate de garantare a siguranţei persoanei, a drepturilor şi libertăţilor ei.

Separaţia puterilor este şi ea constituţionalizată prin Legea de revizuire [art. 1(4)]. Constituantul înţelege astfel să garanteze mai bine libertatea, în ton

cu doctrina liberalismului politic transpusă normativ încă de Revoluţia franceză în art. 16 al Declaraţiei drepturilor din 1789, care stipula că «nicio societate în care separaţia puterilor nu este determinată nu are constituţie». Sigur că teoria separaţiei puterilor este criticabilă, dar valoarea introducerii ei în Constituţia României prin legea de revizuire nu constă în afirmarea principiului în sine, el fiind de altfel deja afirmat prin logica internă a Constituţiei din 1991 şi prin jurisprudenţa Curţii Constituţionale, ci în simbolismul care însoţeşte această constituţionalizare: ataşamentul faţă de statul liberal.

Poate cea mai evidentă afirmare a liberalismului politic ca element intrinsec sistemului constituţional românesc este însă întărirea protecţiei juridice a drepturilor şi libertăţilor. Am arătat deja tendinţa de a extinde sfera libertăţilor fundamentale. Or, existenţa unui Habeas Corpus este de esenţa liberalismului. Sigur că simpla sa existenţă sau, în cazul nostru, extindere, nu garantează că statul este sau va rămâne liberal. Ea trebuie însoţită de garanţii jurisdicţionale ale respectării acestor drepturi şi libertăţi. Revizuirea din 2003 întăreşte în mod evident aceste garanţii formale. Astfel, art. 21C, referitor la liberul acces la justiţie, este modificat într-o manieră consistentă, introducându-se dreptul la un proces echitabil şi la soluţionarea cauzelor într-un termen rezonabil, iar atribuţiile jurisdicţionale ale administraţiei sunt clar circumscrise, căci jurisdicţiile speciale administrative sunt acum facultative şi gratuite. Arestarea preventivă este luată din competenţa procurorului şi dată în cea a judecătorului (art. 23), ea putându-se dispune doar în cursul procesului penal. Sancţiunea privativă de libertate nu mai poate interveni în materie contravenţională, ci doar în materie penală [art. 23(13)]. Percheziţia domiciliară se dispune doar de judecător [art. 27(3)]. Dreptul persoanei vătămate de o autoritate publică funcţionează şi dacă îi este atins doar un interes legitim şi nu un drept (art 52). Garanţia generală pe care o reprezintă controlul constituţionalităţii legilor este, de asemenea, cum am văzut, întărită prin valoarea expres *erga omnes* pe care o au acum deciziile şi prin obligarea Parlamentului de a pune dispoziţiile constatate neconstituţionale în acord cu decizia Curţii.

În fine, liberalismul respectă proprietatea. Proprietatea este însă, pentru liberalismul autentic, mai mult decât posesia, este o condiţie a autonomiei şi a

siguranţei, deci a libertăţii. Funcţia ei este esenţialmente politică. Proprietatea este pentru liberali un drept natural, o libertate, un criteriu al civismului şi un motor al progresului, dar nu o valoare în sine, ci doar prin raportare la libertatea individuală. Liberalismul este conştient că *a avea* trebuie distins de *a fi*, dar vede, de asemenea, că *a avea* înseamnă *a avea putere*, că existenţa proprietăţii este o garanţie a libertăţii, căci doar puterea poate opri puterea, iar individul lipsit de mijloace economice nu poate să se opună arbitrarului. Statul liberal este deci un stat care garantează proprietatea nu pentru că este un stat al proprietarilor, ci un stat al libertăţii, căci proprietatea este un mijloc al libertăţii. Revizuirea Constituţiei României din 2003 atinge şi acest aspect. Dacă potrivit art. 41 din Constituţia din 1991 proprietatea privată era doar ocrotită, potrivit art. 44 din Constituţia revizuită ea este şi garantată, iar dacă textul din 1991 nu făcea nici o referire la naţionalizare sau la alte măsuri de trecere silită în proprietate publică a unor bunuri, actualul text constituţional interzice expres aceste procedee.

Credem că este clar că revizuirea făcută Constituţiei României în 2003 urmează tematic teoria statului liberal, că ea caută, chiar dacă transpunerea normativă nu este întotdeauna prea aproape de ideal, să întărească autonomia, siguranţa şi proprietatea. Aşadar, evoluţia sistemului constituţional românesc este către afirmarea unui sistem antitotalitar, nu doar antidictatorial, acesta fiind şi sensul, clar acum, al idealurilor Revoluţiei din decembrie 1989, constituţionalizate prin revizuirea art. 1(3)C.

c. Influenţa idealurilor Revoluţiei asupra interpretării Constituţiei

Rămâne de văzut cum aceste idealuri liberale trebuie să influenţeze interpretarea caracterelor şi valorilor supreme ale statului român şi, în funcţie de ele, toate dispoziţiile constituţionale şi, în genere, tot sistemul normativ. Un prim lucru este cert: prezenţa în Constituţie a idealurilor Revoluţiei din 1989 dă o finalitate scării valorilor supreme: ea trebuie astfel conturată încât să creeze o democraţie liberală. Libertatea individuală, chiar neprezentă în mod expres printre valorile enumerate de Constituţie, devine astfel scopul întregului sistem constituţional. Iar egalitatea, valorizată expres mai accentuat decât libertatea individuală, trebuie interpretată ca o egalitate în vederea libertăţii. Nu orice tip

de egalitate aşadar, ci o egalitate liberală, sens de altfel prezent în mod constant în jurisprudenţa Curţii Constituţionale, care o înţelege ca pe o egalitate ca drept la diferenţă. Caracterul conjunctural şi procedural al conţinutului valorilor supreme este acum substanţializat: garantarea libertăţii individuale devine scopul oricărei proceduri, ea, dacă nu valorile, este făcută independentă faţă de conjunctura particulară dată. Funcţiile valorilor supreme amintite mai sus rămân, dar acum este clar că raporturile dintre stat şi cetăţean sunt schimbate în vederea mai accentuatei autonomii a acestuia din urmă, că substanţializarea analizei principiilor constituţionale trebuie făcută pentru a scoate libertatea individuală de sub influenţa conjuncturii politice, că orice tip de combinare a acestor principii trebuie să aibă ca scop libertatea şi nu doar egalitatea, deci că egalitatea este o egalitate care trebuie să fie compatibilă nu doar cu democraţia, ci şi cu liberalismul, că interpretarea extensivă a catalogului drepturilor şi libertăţilor fundamentale este o obligaţie şi nu o facultate a statului şi că limitele exerciţiului drepturilor şi libertăţilor individuale nu trebuie interpretate niciodată în sensul preponderenţei interesului societăţii faţă de libertatea individuală. Procedeele de organizare a statului, pentru ca el să nu poată neglija libertatea, sunt cele rezultate din teoria liberală, fiind constituţionalizate chiar dacă legea fundamentală nu face expres referire la ele. Într-un cuvânt, caracterul central al statului nu mai este democraţia, ci faptul de a fi stat liberal. Valorile sunt, datorită idealurilor revoluţionare constituţionalizate, valori în vederea libertăţii.

§3. Un «bloc de constituţionalitate»?

Am văzut până acum că prezenţa la nivel constituţional a tradiţiilor democratice ale poporului român şi a idealurilor Revoluţiei din 1989 face ca interpretarea istorică şi cea teleologică să devină obligatorii. O întrebare pare atunci legitimă: instituie această constituţionalizare un bloc al constituţionalităţii? Sunt oare constituţionalizate tradiţiile şi idealurile revoluţionare în sensul constituţionalizării «principiilor generale rezultate din legile satului român»? Această posibilă interpretare ar institui mai mult decât o simplă obligaţie de interpretare: ar extinde sfera normelor în raport cu care s-ar

putea face controlul de constituţionalitate. Curtea Constituţională, în Decizia amintită, care face referire la lunga tradiţie democratică a poporului român, nu pare decât să interpreteze dispoziţiile Constituţiei actuale în sensul tradiţiilor, fără a constituţionaliza aceste tradiţii însele. Deci nu am fi în prezenţa unui bloc al constituţionalităţii. Totuşi o situaţie s-ar putea dovedi diferită: un astfel de bloc ar putea fi instituit atunci când Constituţia actuală se dovedeşte lacunară, iar tradiţiile democratice ale poporului român cuprind norme care se referă la problema juridică neglijată de sistemul în vigoare. Un singur exemplu: Constituţia actuală nu face nici o referire la interzicerea arestului preventiv în materie de presă. În schimb, constituţiile din 1866 (art. 24) şi din 1923 (art. 26) cuprind aceeaşi dispoziţie prin care „arestul preventiv în materie de presă este interzis". Prezenţa interdicţiei în ambele constituţii democratice anterioare, singurele care au practic acest caracter, demonstrează că în tradiţia democratică a poporului român libertatea de exprimare presupune şi interzicerea constituţională a utilizării arestării preventive pentru eventualele infracţiuni legate de exercitarea libertăţii de exprimare prin presă. Dacă admitem existenţa unui bloc al constituţionalităţii, construit prin constituţionalizarea acestei tradiţii, atunci Constituţia actuală trebuie completată, când serveşte drept normă de referinţă pentru controlul de constituţionalitate, cu acest drept de a nu fi subiectul unei arestări preventive pentru delictele de presă. Părea mea este că acest bloc de constituţionalitate este rezultatul firesc al referirii introduse în urma revizuirii din 2003 la tradiţiile democratice ale poporului român.

În ceea ce priveşte idealurile Revoluţiei din decembrie 1989, constituţionalizarea lor ar putea să le introducă în acest bloc de constituţionalitate, dar fără a constituţionaliza declaraţiile revoluţionare, căci acestea sunt contradictorii, ci prin completarea Constituţiei actuale cu mijloacele şi principiile statului liberal care eventual sunt neglijate de Constituţia din 1991 sau de Legea de revizuire din 2003. Principiul securităţii juridice ar deveni astfel constituţional, la fel şi cel al previzibilităţii constrângerii.

În concluzie, deşi demagogică, introducerea referirii la tradiţiile democratice ale poporului român şi la aparent utopicele idealuri ale Revoluţiei din decembrie 1989 în textul constituţional creează consecinţe atât de

importante în sistemul constituţional românesc încât acestea pot fi ţinute drept bază a întregului sistem, putând să schimbe radical înţelesul noţiunii însăşi de constituţie şi obligând în mod cert la o interpretare istorică şi teleologică a sistemului juridic şi la o obligatorie interpretare şi construire a scării valorilor supreme în vederea realizării libertăţii individuale prin mecanismele statului liberal. Utopia sprijină aşadar libertatea şi clarifică principiile şi structura unui sistem constituţional ce păcătuieşte de prea multe ori prin eclectism. Normativizată, utopia devine structurantă.

Capitolul 4. Interpretarea restrictivă a reglementării constituţionale privind restrângerea exerciţiului unor drepturi ori libertăţi

Sistemul constituţional al unui stat de drept democratic, cum trebuie să fie România, are ca finalitate ultimă protecţia drepturilor şi libertăţilor persoanei. De aceea, încadrarea constituţională a posibilităţii de a restrânge exerciţiul acestora este centrală, poate cea mai importantă dispoziţie constituţională. Din nefericire, art. 53C este interpretat în manieră restrictivă nu pentru posibilitatea statului de a restrânge exerciţiul drepturilor ori libertăţilor, ci pentru aceste drepturi şi libertăţi însele. Ceea voi încerca este să ofer o variantă a interpretării acestei dispoziţii constituţionale care să deschidă calea unei mai apropriate protecţii a persoanelor.

Secţiunea 1. Determinarea sferei de aplicabilitate a dispoziţiilor constituţionale

§1. Reglementarea restrângerii exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi

Art. 53 din Constituţie autorizează legiuitorul să restrângă exerciţiul unor drepturi sau al unor libertăţi, reglementând restrictiv condiţiile în care statul poate opera această restrângere. Astfel, art. 53 dispune:

(1) Exerciţiul unor drepturi sau al unor libertăţi poate fi restrâns numai prin lege şi numai dacă se impune, după caz, pentru: apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor; desfăşurarea instrucţiei penale; prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.

(2) Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică. Măsura trebuie să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o, să fie aplicată în mod nediscriminatoriu şi fără a aduce atingere existenţei dreptului sau a libertăţii.

Condiţiile în care poate fi restrâns exerciţiul unor drepturi sau libertăţi trebuie analizate în trepte. Aceasta înseamnă că trebuie pornit de la condiţia de competenţă şi analizată îndeplinirea fiecărei condiţii în parte. Neîndeplinirea unei condiţii atrage neconstituţionalitatea măsurii şi condiţiile următoare nu mai

este necesar să mai fie analizate. Limitarea posibilităţii de restrângere a exerciţiului unor drepturi ori libertăţi este deci un sistem ierarhizat, în care fiecare condiţie presupune că deja cele anterioare, din punct de vedere sistemic, au fost îndeplinite. Ceea ce lipseşte jurisprudenţei noastre constituţionale în materie este acest caracter sistemic al analizei îndeplinirii condiţiilor limitării exerciţiului unor drepturi sau libertăţi[1]. Altfel, jurisprudenţa în materie este destul de bogată şi sub unele aspecte relevantă, cum o să rezulte din destul de multele decizii ale Curţii Constituţionale citate mai jos. Lipsa caracterului sistemic al analizei face însă ca aceste calităţi să ale jurisprudenţei să nu fie pe deplin valorificate.

Constituţia mai stabileşte şi în alte dispoziţii ale sale condiţii în care statul poate restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi fundamentale. Nu este obiectul acestor rânduri să analizeze toate aceste dispoziţii, ceea ce ne preocupă fiind doar dispoziţia de principiu a art. 53. Totuşi trebuie să conturăm soluţia problemei priorităţii aplicării acestor dispoziţii speciale de restrângere a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi ori a dispoziţiei generale din art. 53. Curtea Constituţională arată că dacă restrângerea se întemeiază pe o astfel de dispoziţie constituţională specială, în cauză cea a art. 44 (1) teza a doua, nu mai este necesară „întrunirea condiţiilor prevăzute de art. 53 din legea fundamentală”[2]. Credem că această soluţie nu poate fi susţinută. Simpla referire din art. 44(1) teza a doua la faptul că limitele dreptului de proprietate sunt stabilite prin lege, nu face inaplicabile limitele acestei posibilităţi dată legiuitorului de a limita exerciţiul dreptului stabilite de art. 53C.

Pentru a ajunge la această concluzie, C.C. se bazează pe regula de interpretare logico-sistemică potrivit căreia regula specială derogă de la regula generală, dar regula generală nu derogă de la cea specială. Or, aplicând această metodă de interpretare, C.C. diminuează protecţia constituţională a persoanelor, regula invocată intrând în conflict cu cea potrivit căreia norma trebuie interpretată în sensul maximizării libertăţii individuale, cel puţin cât timp statul

[1] *M. Andreescu*, Principiul proporţionalităţii în dreptul constituţional, C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 311-312.
[2] Decizia nr. 923/2006, M.Of. nr. 50 din 23 ianuarie 2007.

vrea să rămână liberal. Iar această metodă de interpretare teleologică are prioritate faţă de interpretarea logico-sistemică.

§2. Controlul de proporţionalitate - mijloc de protecţie comun drepturilor fundamentale şi drepturilor subiective

„Din punctul de vedere al protecţiei juridice, considerăm că există un mijloc de protecţie comun drepturilor fundamentale şi drepturilor subiective civile, respectiv controlul de proporţionalitate impus de art. 53C. Acest text nu se referă numai la drepturile *fundamentale* ci la drepturi în general, fiind deci incluse în acest domeniu şi drepturile subiective. Exercitarea controlului de proporţionalitate este astfel obligatorie ori de câte ori se pune problema limitării exerciţiului unui drept, indiferent că este vorba de un drept fundamental sau de un drept subiectiv civil”[3]. Desigur că de cele mai multe ori dreptul subiectiv va fi reflexul unui drept sau libertăţi fundamentale pe care le concretizează, dar controlul de proporţionalitate se aplică şi în cazul în care dreptul subiectiv nu este concretizarea unui drept sau libertăţi fundamentale expres prevăzute de constituţie. Curtea Constituţională, deşi afirmă că „textul art. 49 (actualul 53, n.n.) nu se referă la restrângerea întinderii sau la suprimarea unor drepturi … ci la restrângerea exerciţiului unor drepturi existente, recunoscute de alte texte constituţionale; iar drepturile la care se referă, concret, obiecţia nu figurează printre cele enumerate în cap. II al titlului II din Constituţie”[4], pe de o parte, constituţionalizează anumite drepturi fundamentale care nu sunt prevăzute ca atare, în mod distinct, de acest capitol din Constituţie, cum ar fi dreptul la propria imagine, pe care îl consideră „un drept constituţional cu o identitate de sine-stătătoare”[5] şi, pe de altă parte, analizează, chiar în Decizia în care afirmă inaplicabilitatea controlului de proporţionalitate altor drepturi decât celor prevăzute în Constituţie, proporţionalitatea limitării întinderii reparaţiilor

[3] S. Răduleţu, în I. Dogaru, D.C. Dănişor, G. Boroi, coordonatori, Teoria generală a dreptului civil, Tratat, C.H. Beck, Bucureşti, 2008, în curs de apariţie.
[4] Decizia nr. 73/1995, M. Of. 177 din 8 august 1995.
[5] Decizia nr. 54/2000, M. Of. nr. 310 din 5 iulie 2000.

stabilite prin lege pentru foştii proprietari ale căror bunuri au trecut în proprietatea statului român în perioada comunistă prin naţionalizare, deşi dreptul la reparaţii nu este constituţionalizat expres, iar Curtea afirmă că cei cărora li se acordă despăgubirea nu mai sunt proprietari, deci dispoziţiile constituţionale privind exproprierea nu sunt incidente, cum nu sunt incidente nici cele privitoare la dreptul persoanei vătămată de o autoritate publică.

Problema, greşit înţeleasă în general, este ierarhizarea metodelor de interpretare. Interpretarea dreptului, ca şi dreptul însuşi, este un sistem ierahizat. Ceea ce înseamnă că metodele de interpretare nu pot fi combinate oricum. În cazul nostru este vorba aparent doar de combinarea interpretării gramaticale cu cea *a rubrica*, dar de fapt sunt implicate toate metodele de interpretare. Din interpretarea gramaticală a textului şi denumirii art. 53C rezultă clar că este vorba de toate drepturile şi libertăţile, căci textul nu adaugă nici un determinant restrictiv acestora, cum ar fi cel de a fi *fundamentale*. C.C. restrânge sfera protecţiei acordate constituţional persoanelor pentru că dă prioritate interpretării *a rubrica* faţă de interpretarea gramaticală. Or, de fapt, lucrurile stau invers: prioritară este interpretarea gramaticală, mai ales că ea se conjugă aici cu cea teleologică, asigurarea protecţiei cât mai extinse a persoanei fiind finalitatea sistemului, şi cu regula interpretării sistemice potrivit căreia o normă trebuie interpretată în sensul în care ea produce efecte, nu în sensul în care este lipsită de acestea. Or, este clar că tinzând să aplice art. 53 doar anumitor drepturi calificate ca fundamentale, C.C. exclude anumite efecte ale dispoziţiei art. 53C, care s-ar produce în beneficiul persoanei dacă ar aplica interpretarea gramaticală. Vedem aşadar că dacă ierahizăm corect metodele de interpretare protecţia constituţională acordată persoanelor de art. 53 trebuie să privească toate drepturile şi libertăţile acestora, nu doar pe cele calificate ca fundamentale, calificare dealtfel discutabilă, având în vedere atât caracterul meta-juridic al noţiunii, cât şi jurisprudenţa însăşi a C.C.

§3. Beneficiarii limitării posibilităţii de a restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi

Protecţia acordată de art. 53 ar trebui să fie reglementată în beneficiul

tuturor subiecţilor de drept. Atât persoanelor fizice cât şi persoanelor juridice ar trebui să nu li se poată restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi decât în condiţiile de necesitate şi proporţionalitate stabilite de art. 53C. Desigur, principiul poate fi aplicat persoanelor juridice doar dacă drepturile şi libertăţile în cauză pot avea, având în vedere natura lor, ca titular o persoană juridică. Totuşi, Curtea Constituţională pare să dea aplicabilitate art. 53 doar în ceea ce priveşte drepturile persoanelor fizice. Astfel, ea afirma, că, „referitor la încălcarea … prevederilor art. 49 (actualul art. 53, n.n.) din Constituţie, … acestea nu au incidenţă în cauză, deoarece se referă la restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi fundamentale ale cetăţenilor, iar nu ale unor societăţi comerciale”[6]. Curtea nu sesizează că art. 53 nu se referă expres la cetăţeni, iar din faptul că art. 16 privind egalitatea în drepturi[7] sau alte dispoziţii constituţionale folosesc, de altfel nu întotdeauna justificat, noţiunea de cetăţean, nu trebuie să tragem concluzia inaplicabilităţii art. 53 faţă de persoanele juridice, căci acest articol se referă la toate drepturile şi libertăţile, iar unele dintre acestea pot avea ca titulari şi persoanele juridice. De altfel, Curtea Constituţională însăşi a stabilit, pe o cale ocolită, dar în fapt destul de eficientă, că egalitatea este încălcată dacă prin discriminarea persoanei juridice sunt atinse drepturile fundamentale ale cetăţenilor asociaţi în respectivele persoane juridice, uneori dând chiar impresia că nu este nevoie de această mediere[8].

Protecţia oferită de art. 53 din Constituţie este reglementată şi în beneficiul străinilor şi apatrizilor. Ea este cuprinsă în conceptul de «protecţie generală a persoanelor», pe care art. 18 din Constituţie o acordă acestora. Aceasta înseamnă că statul nu poate utiliza abuziv dreptul de a acorda protecţie în raport de cetăţenie. De altfel, universalitatea drepturilor omului o impune, indiferent de redactarea ambiguă a art. 15 din Constituţie[9]. Curtea Constituţională pare să construiască o jurisprudenţă în acelaşi sens, cu toate abuzurile de interpretare a

[6] Decizia nr. 104/2000, M. Of. Nr. 383 şi 16 august 2000.

[7] Vezi de exemplu Decizia nr. 17/2000, M. Of. nr. 40 din 31 ianuarie 2000.

[8] Decizia nr. 35/1993, M. Of. nr. 218 din 6 septembrie 1993.

[9] Vezi *D.C. Dănişor*, Drept constituţional şi instituţii politice, Tratat, vol. I – Teoria generală, C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 546-550.

dependenţei drepturilor fundamentale de calitatea de cetăţean, ceea ce dovedeşte că ea se simte constrânsă de formularea defectuoasă a unor texte constituţionale. Astfel, ea decidea că „în măsura în care *străinului* (s.n.) învinuit, inculpat sau condamnat într-o cauză penală îi este restrâns exerciţiul dreptului la liberă circulaţie, drept prevăzut de art. 25 alin. (1) din Constituţie, de către un alt organ decât de către un magistrat care să se pronunţe asupra legalităţii acestei măsuri, precum şi în condiţiile în care restrângerea nu este proporţională cu cauza care a determinat-o ori atinge substanţa dreptului sau a libertăţii”[10] dispoziţiile legale sunt neconstituţionale.

Secţiunea 2. Condiţiile restrângerii

§1. Competenţa restrângerii şi previzibilitatea ei

Restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi poate fi făcută numai prin lege. Termenul «lege» folosit de art. 53C ar trebui interpretat în sens strict. Dacă admitem o asemenea interpretare, nu poate fi vorba de restrângerea exerciţiului unor drepturi sau libertăţi printr-un alt act tip de act normativ, nici printr-un alt act normativ de natură legislativă, cum ar fi în sistemul nostru ordonanţele guvernului[11]. Această interpretare pare validă în sistemul nostru, căci delegarea legislativă nu este posibilă în domeniul drepturilor şi libertăţilor fundamentale, căci acestea sunt prevăzute în Constituţie, cum nu este permisă nici în domeniile care, conform Constituţiei, trebuie reglementate prin lege organică. În ceea ce priveşte ordonanţele de urgenţă, acestea, ca urmare a revizuirii Constituţiei din 2003, *nu pot afecta drepturile şi libertăţile fundamentale* [art. 115 alin. (6)]. Ca urmare, se pare că în optica dreptului constituţional român doar Parlamentul şi doar prin lege poate dispune o restrângere a exerciţiului unor drepturi ori libertăţi fundamentale.

Totuşi, jurisprudenţa Curţii Europene a Drepturilor Omului este mult mai

[10] Decizia nr. 106/2001, M. Of. nr. 416 din 26 iulie 2001.

[11] Pentru admiterea ordonanţelor ca temei al restrângerii, vezi, de exemplu, Decizia Curţii Constituţionale nr. 277/2001, M. Of. nr. 9 din 10 ianuarie 2002.

permisivă, interpretând *lato sensu* termenul «lege» în materia restrângerii exerciţiului unor drepturi prevăzute în Convenţie. Astfel, Curtea arată că „în domeniul paragrafului 2 al articolului 8 (art. 8-2) din Convenţie şi al celorlalte dispoziţii analoage, Curtea a înţeles tot timpul termenul «lege» în accepţiunea sa «materială» şi nu «formală»; ea a inclus în aceasta în acelaşi timp textele de rang infralegislativ (a se vedea mai ales hotărârea De Wilde, Ooms şi Versyp din 18 iunie 1971, seria A n^{o} 12, p. 45, § 93) şi «dreptul nescris». Hotărârile Sunday Times, Dudgeon şi Chappell priveau desigur Regatul Unit, dar acest lucru nu ne îndreptăţeşte să forţăm distincţia între ţările cu sistem şi ţările «continentale» ... Legea scrisă (statute law) capătă, desigur, importanţă în primele. Tot astfel, jurisprudenţa joacă în mod tradiţional un rol considerabil în sistemele «continentale», în aşa măsură încât ramuri întregi ale dreptului pozitiv rezultă, într-o largă măsură, din deciziile curţilor şi tribunalelor. De altfel Curtea a luat-o în consideraţie în mai multe ocazii pentru astfel de ţări (a se vedea mai ales hotărârile Müller et autres du 24 mai 1988, série A n^{o} 133, p. 20, § 29, Salabiaku du 7 octobre 1988, série A n^{o} 141, pp. 16-17, § 29, et Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, du 20 novembre 1989, série A n^{o} 165, pp. 18-19, § 30). (…) Într-un domeniu acoperit de dreptul scris, «legea» este textul în vigoare aşa cum l-au interpretat jurisdicţiile competente, luând în considerare date tehnice noi”[12].

Este o problemă discutabilă dacă această jurisprudenţă europeană care interpretează extensiv noţiunea de lege[13] este aplicabilă şi art. 53C. Dispoziţiile constituţionale care au ca obiectiv limitarea puterii statului pentru a nu abuza de libertăţile şi drepturile omului ar trebui interpretate strict. Or termenul «lege» este cuprins într-o astfel de dispoziţie, iar el are în sistemul românesc un înţeles precis. Faptul că instanţa europeană face o interpretare extensivă noţiunii de «ingerinţă prevăzută de lege» este datorat faptului că sistemele naţionale sunt diverse în ceea ce priveşte terminologia care desemnează sursele dreptului,

[12] Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Huvig c. France, 24 aprilie 1990.

[13] Pentru o viziune de ansamblu asupra jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului în toate domeniile de aplicare a proporţionalităţii, vezi *C. Bârsan*, Convenţia europeană a drepturilor omului, Comentariu pe articole, Vol. I. Drepturi şi libertăţi, All Beck, 2005.

precum şi cu privire la poziţia acestor diverse surse în ierarhia normativă. În plus, instanţa europeană trebuie să menajeze, până la un punct, suveranitatea statelor. Aceste considerente nu pot fi avute în vedere când sunt interpretate noţiunile juridice ale dreptului intern. Or în dreptul nostru intern, chiar dacă teoria se referă la lege atribuindu-i şi sensul larg de act normativ, terminologia legislativă însăşi desemnează prin «lege» doar actul Parlamentului prin care se reglementează primar un domeniu potrivit procedurii stabilită în Constituţie. În plus, limitarea posibilităţii de delegare legislativă şi de adoptare a ordonanţelor de urgenţă în domeniul drepturilor şi libertăţilor fundamentale acreditează aceeaşi idee.

Legea trebuie să fie previzibilă. Aceasta presupune că ea poate fi cunoscută, deci că este publică, că nu are caracter secret. Acest caracter public al normei juridice cuprinde însă mai multe aspecte. Mai întâi, norma trebuie să fie o creaţie a spaţiului public, adică trebuie să fie creată în acel spaţiu rezultat din uzajul public pe care subiecţii îl fac raţiunii lor. Este exclus ca dreptul să fie un drept al grupurilor: el este un drept al cetăţenilor, adică al indivizilor care acţionează în spaţiul public pentru binele comun, detaşaţi de afilierile lor grupale particulare. Mai apoi, norma trebuie să fie adusă la cunoştinţa publicului printr-un mijloc apropriat, de obicei prin publicarea într-un jurnal oficial. O normă care nu poate fi cunoscută pentru că nu este publică, ci secretă, nu este normă juridică. Astfel, un act normativ care nu este publicat oficial nu este anulabil, ci inexistent: el nu are caracter juridic. Caracterul scris al dreptului este o consecinţă a acestei cerinţe de publicitate. „Dreptul trebuie să fie scris pentru că trebuie să fie publicat. El nu trebuie să fie secretul celor puternici, ci regula publică şi comună, căci regula este tiranică atâta vreme cât este imprevizibilă şi codificarea este condiţia unui drept just şi a unei supuneri liber consimţite”[14].

Pe de altă parte, legea trebuie să fie suficient de clară pentru ca cei cărora li se aplică să înţeleagă că legea îi priveşte şi pentru ca ei să poată, în mod rezonabil, înţelege conţinutul ei[15]. Preciziunea dreptului implică faptul ca toate

[14] *R. Capitant*, în La coutume constitutionnelle, Revue du droit public, 1979, p. 959.
[15] Vezi *C. Bârsan,* op. cit., p. 673-676.

noţiunile utilizate de normele juridice să poată fi înţelese de subiect. Adică acesta trebuie să fie capabil să aprecieze consecinţele actului sau ale normei. Utilizarea noţiunilor indeterminate nu este în principiu interzisă. Totuşi exigenţa statului de drept impune ca termenii nedefiniţi să fie în mod obligatoriu interpretaţi în sensul limbajului comun. Cu cât norma este mai restrictivă în materie de libertate, cu atât preciziunea ei trebuie să fie mai mare. Este logica principiului legalităţii infracţiunilor şi pedepselor, care impune definirea clară a infracţiunilor şi limitarea drastică a puterii de interpretare a magistratului prin impunerea unei soluţii favorabile inculpatului în caz de dubiu în interpretarea normei. Previzibilitatea normei implică deci şi garanţii suficiente că norma nu poate să fie interpretată arbitrar. Lipsa acestor garanţii sau caracterul lor insuficient atrage neconstituţionalitatea normei.

Previzibilitatea poate avea însă şi un sens mai extins, privind nu doar calitatea legii în vigoare, ci şi posibilitatea de a modifica legile pentru viitor[16]. Persoanele au astfel un drept la continuitatea acţiunii statale. Acest drept presupune că statul nu poate încălca încrederea legitimă a persoanelor în continuitatea acţiunii sale.

Respectul încrederii legitime se conturează pe mai multe planuri. În primul rând, el garantează că actele statului nu devin arbitrare şi prin aceasta imprevizibile la nivelul conţinutului prescripţiei: de exemplu, legea penală incriminează ca infracţiune fluieratul în public sau legea fiscală stabileşte cote de impozit distincte în funcţie de tipurile de lentile de ochelari.

În la doilea rând, el garantează că adoptarea actelor statale este previzibilă, că ele sunt adoptate de organe clar stabilite şi după proceduri prestabilite. De exemplu, ar încălca principiul respectului încrederii legitime o lege din ale cărei prevederi subiectul nu ar putea în mod rezonabil să înţeleagă cine are competenţa de a se pronunţa asupra cererilor sale. De asemenea, principul ar fi încălcat de o lege care ar introduce dubii în cadrul procedurii. Astfel, era contrară principiului respectului încrederii legitime dispoziţia art. 20(1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 care avea următorul cuprins: "Hotărârea pronunţată în primă instanţă poate fi atacată cu recurs, în termen de

[16] *D. C. Dănişor,* Drept constituţional …, op. cit., p. 581-582.

15 zile *de la pronunţare ori de la comunicare*" (s.n.). Această dispoziţie crea o nesiguranţă juridică pentru justiţiabil, căci acesta nu putea şti de când începea curgerea termenului. De altfel dispoziţia legală a fost declarată neconstituţională de Curtea Constituţională, dar pentru încălcarea principiul separaţiei puterilor în stat[17].

În al treilea rând, aplicarea actelor statale nu trebuie să fie făcută intempestiv, subiectul trebuind deci să poată prevede în mod rezonabil că actul *va fi executat* şi *când* şi *în ce mod* se va produce executarea. Astfel, ar fi contrar principiului încrederii legitime un mod de executare al pedepsei capitale în cadrul căruia organul de executare poate aplica în orice moment pedeapsa, dar poate şi amâna cum doreşte executarea, căci acest tratament, practicat de altfel în unele state americane şi considerat contrar art. 3 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului de către Curtea europeană[18], ar crea o imposibilitate pentru condamnat de a prevede momentul execuţiei. Ar fi de asemenea contrară principiului încrederii legitime posibilitatea unui organ al statului de a împiedica executarea actului unui alt organ, executabil silit conform legii. Astfel, Curtea Constituţională ar fi putut face aplicaţia principiului respectului încrederii legitime, dar a preferat să se sprijine pe separaţia puterilor în stat, când a constatat neconstituţionalitatea unei prevederi legale „prin care s-ar interzice - fie şi numai temporar - executarea unei hotărâri judecătoreşti"[19].

Consecinţele principiului respectului încrederii legitime sunt împărţite deci pe trei planuri: cel al *conţinutului* actului statal, cel al *procedurii* edictării acestuia şi cel al *aplicării* lui.

Art. 53C trebuie, după părerea mea, să fie interpretat şi în acest sens atunci când este luată în calcul condiţia ca restrângerea să fie făcută prin lege. Deci restrângerea ar urma să fie neconstituţională dacă legea, chiar publică şi cu un conţinut clar, accesibil în mod rezonabil destinatarilor săi, este contrară încrederii legitime a persoanelor în continuitatea acţiunii statale.

---

[17] Decizia 189 din 2006, M. Of. nr.307 din 05. aprilie 2006.

[18] Afacerea Soering c. Regatului Unit, 7 iulie 1989; asupra art. 3 din C.E.D.O. vezi *S. Răduleţu,* Libertăţi fundamentale, Editura Didactică şi Pedagogică, Bucureşti, 2006, p. 80-107.

[19] Decizia nr. 50 din 2000, M. Of. nr. 277 din 20 iunie 2000.

§2. Restrângerea exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi poate fi făcută doar pentru anumite motive expres prevăzute de Constituţie

Prevederea motivelor care pot fi cauză a restrângerii face ca legiuitorul să nu poată opera o astfel de restrângere invocând un alt motiv. Enumerarea este limitativă. În acest sens Curtea Constituţională arăta încă din 1992 că „aceste restrângeri … nu pot fi altele decât cele ce rezultă … din art. 49 din Constituţie (actualul art. 53, n. n.)”[20]. Motive stabilite în textul constituţional sunt apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor; desfăşurarea instrucţiei penale şi prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav.

Dar nici invocarea unui astfel de motiv nu este suficientă. Există o limită a invocării acestor cauze de restrângere. Această limită a motivelor limitării exerciţiului unor drepturi sau libertăţi rezultă din modul în care trebuie să fie înţeleasă libertatea individuală într-o democraţie liberală: ca posibilitate de a face tot ceea ce nu afectează drepturile sau libertăţile celorlalţi. Astfel, invocarea unei cauze de limitare a libertăţilor sau drepturilor trebuie să aibă ca scop general garantarea libertăţii celorlalţi. De exemplu, morala publică nu poate fi invocată pentru a interzice difuzarea de materiale presupus obscene decât pentru a apăra drepturile minorilor, altfel libertatea de a interpreta un material ca operă de artă şi nu ca material obscen de către adulţi ar fi nejustificat limitată, autoritatea arătând ea ce este şi ce nu este operă de artă. Dacă persoanele cu handicap nu pot fi folosite pentru a distra publicul, această limitare trebuie să aibă ca scop garantarea demnităţii acestor persoane şi nu o morală publică definită *in abstracto*, astfel că dacă aceste persoane îşi exprimă neîndoielnic acordul şi dacă modul organizării unor astfel de manifestări nu afectează demnitatea acestor persoane, legiuitorul nu poate limita exerciţiul dreptului la liberă exprimare doar pentru a apăra morala publică.

Drepturile pe care legiuitorul le apără prin restrângerea exerciţiului altor

[20] Decizia nr. 4/1992, M. Of. nr. 182 din 30 iulie 1992.

drepturi trebuie să fie expres şi cert determinate de legiuitor. Astfel, Curtea Constituţională statua, referindu-se la limitarea dreptului la liberă circulaţie prin instituirea unei taxe de trecere a frontierei, că „aceasta presupune că legiuitorul să stabilească în folosul căror drepturi anume a fost instituită taxa. Determinarea acestor drepturi nu poate fi, însă, generică …ci în mod concret”[21]. Pe de altă parte, existenţa printre cauzele de restrângere a apărării drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor nu trebuie interpretată în sensul că un drept sau o libertate poate prin ea însăşi să constituie o cauză a limitării exerciţiului altui drept ori libertăţi[22]. Trebuie ca o analiză a preponderenţei unui drept sau libertăţi faţă de altele, având în vedere consideraţii care depăşesc valoric relaţia lor reciprocă, să justifice restrângerea exerciţiului unuia dintre ele. Este foarte important ca analiza motivelor preponderenţei unuia sau alteia dintre drepturi sau libertăţi să fie făcută prin referire la o valoare sau cauză care transcendere relaţia lor reciprocă, deci prin raportare la o finalitate politic şi juridic validă. Această condiţie este însă distinctă de condiţia necesităţii într-o societate democratică.

Pe de altă parte, restrângerea trebuie să fie imperativă, adică valoarea apărată prin această restrângere a libertăţii să nu poată fi apărată în alt mod. Dacă o acţiune a statului este suficientă pentru a obţine rezultatul, nu poate fi operată restrângerea libertăţii sau dreptului. Iată de ce art. 53C foloseşte expresia „dacă se *impune*, după caz, pentru…” (s.n.). Restrângerea se impune dacă fără ea valoarea sau drepturile apărate prin restrângere ar fi *grav* afectate[23]. Pe de altă parte, apărarea valorii enumerată în art. 53C trebuie să fie nemediată. Astfel, Curtea Constituţională arată că doar constituirea unor fonduri bugetare prin restrângerea operată, care ar fi apoi utilizate pentru protecţia unor drepturi ale cetăţenilor constituie doar o protecţie «mediată» a acestor drepturi şi nu verifică condiţia de necesitate pentru a putea fi operată restrângerea altor

[21] Decizia nr. 139/1994, M. Of. nr. 353 din 21 decembrie 1994. Numerotarea este cea făcută ca urmare a rectificării publicate în M. Of. nr. 4 din 12 ianuarie 1995; vezi Curtea Constituţională, Decizii de constatare a neconstituţionalităţii 1992 – 1998, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 58.

[22] Vezi în acest sens Decizia Curţii constituţionale nr. 217/2003, M. Of. nr. 425 din 17 iunie 2003.

[23] Idem.

drepturi, căci nu se deduce din această protecţie «mediată» în ce măsură drepturile ar fi compromise fără restrângerea operată[24].

Motivele prevăzute de art. 53C sunt concepte fluide, care nu au o consistenţă care să permită definirea lor în abstract[25], ceea ce echivalează cu a spune că trebuie să determinăm conţinutul lor în fiecare caz concret, în funcţie de natura limitării care este adusă exerciţiului unui drept sau al unei libertăţi. O altă înţelegere ar putea duce la o extindere nejustificată a conţinutului conceptelor: în fond orice poate fi introdus în conceptul de «apărare a securităţii naţionale» sau a «ordinii publice». Caracterul conjunctural al conceptului este o garanţie a libertăţii.

O altă limitare a posibilităţii statului de a invoca una din cauzele de restrângere prevăzute de art. 53C este constituită de valorile supreme stabilite de art. 1(3)C. Una dintre funcţiile pe care le au valorile supreme impuse de Constituţia României este de a se constitui în limite ale cauzelor dreptului statului de a restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi[26]. Această funcţie este dată de exemplu de Curtea Constituţională demnităţii omului în raport cu morala publică ca temei posibil al limitării prin lege a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi[27]. Bazându-se pe art. 30(6)C, care afirmă că „libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea... persoanei", Curtea Constituţională se pronunţa cu privire la constituţionalitatea dispoziţiei penale care incriminează răspândirea de materiale obscene. Ea considera demnitatea umană ca pe o noţiune ce dă consistenţă conceptelor de morală publică şi bune moravuri, pe care le considera ca având „un conţinut variabil de la o colectivitate la alta, de la o epocă la alta". Indiferent de această fluiditate conceptuală, susţinea Curtea, „există o limită a toleranţei manifestărilor", care este dată de faptul ele nu pot fi niciodată „ofensatoare pentru demnitatea umană

[24] Idem.

[25] Totuşi unii doctrinari oferă definiţii generice : M. Andreescu, op. cit, p. 309-310. Unele cauze sunt mai puţin indeterminate, cum ar fi «instrucţia penală», dar când ne referim la «buna ei desfăşurare», conceptul devine iarăşi fluid.

[26] *D.C. Dănişor,* Valorile supreme ale statului român potrivit constituţiei României din 1991, Revista Română de Drepturile Omului, nr. 28/2004.

[27] Decizia nr. 108/1995, M. Of. nr. 9 din 17 ianuarie 1996.

prin vulgaritate agresivă, lubricitate, scabrozitate". Curtea făcea astfel un salt de la morala publică ca fundament al restrângerii libertăţii de exprimare la demnitatea umană ca un criteriu de apreciere a acestei moralităţi publice înseşi. Limitarea dreptului la liberă exprimare pe motivul apărării moralei publice nu poate fi astfel făcută decât dacă morala publică este conformă demnităţii umane. Demnitatea constituie astfel o limită a limitelor dreptului statului de a restrânge exerciţiul unor drepturi sau libertăţi. Aceeaşi funcţie o poate primi oricare dintre celelalte valori supreme.

Conţinutul valorilor supreme impuse de art. 1(3)C este unul conjunctural şi instrumental. Acest conţinut nu este determinat *a priori*, ci în funcţie de tipul de încălcare concretă a unei valori sau alteia. Opţiunea pentru acest mod de a determina conţinutul valorilor supreme este impusă de necesitatea unei neutralităţi ideologice care să permită conceperea demnităţii umane, a liberei dezvoltări a personalităţii umane, a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor, a dreptăţii sau pluralismului politic ca inerente fiinţei umane sau sistemului social, deci ca autonome faţă de fluctuaţiile opiniei sau moralei publice, fără a le fundamenta pe o singură doctrină comprehensivă, impusă independent de cerinţele opiniei sau moralei publice, adică păstrând «faptul pluralismului» ca fundament al democraţiei.

Această necesitate a neutralităţii ideologice a conţinutului valorilor supreme, care le instrumentalizează, este foarte pregnantă în cazul demnităţii. Dacă, în calitatea sa de valoare supremă, demnitatea umană este independentă faţă de morala publică, cum pare firesc dacă vrem ca ea să nu fie dependentă de fluctuaţiile opiniei publice, deci cu necesitate conjuncturală, poate uneori periculos de conjuncturală, atunci ea este un standard care nu poate fi pus în discuţie şi deci o valoare inerentă persoanei umane care nu poate fi în niciun fel dependentă faţă de morala publică, o limită a acestei morale publice înseşi. Dar această concepţie, ce pare inspirată în mod strict dintr-o filosofie individualistă, face ca în locul unei morale publice care este democratică, căci este dependentă de opinia majorităţii cu privire la ce este moral admisibil într-o comunitate, să fie impusă o ordine morală, care, independentă faţă de opinia publică, devine factor al unui posibil totalitarism moral, impus de autoritate fără ca respectiva comunitate să-l ceară sau să-l admită. Dacă vrem să evităm această posibilă

impunere a unei doctrine morale oficiale unice, deci care neagă faptul pluralismului rezultat din refuzul de a baza societatea pe o singură doctrină comprehensivă, inclusiv în domeniul moral, atunci demnitatea umană devine dependentă de morala publică, doar comunitatea putând defini ce este moral permis în raport de valoarea demnităţii umane şi doar ea putând autoriza o intervenţie a statului pentru a apăra demnitatea. Impregnată de comunitarism, această concepţie duce la democraţie, dar poate fi periculoasă din cauza dependenţei conţinutului demnităţii faţă de opinia majorităţii grupului. Ieşirea din această indecizie între individualism şi comunitarism nu poate fi făcută decât printr-o neutralitate ideologică impusă conceptului, care face conţinutul demnităţii umane imposibil de definit într-o manieră generală. Definirea nu poate fi făcută atunci decât într-un mod negativ, prin înlocuirea practică a conţinutului *a priori* al valorii cu o procedură de apreciere a eventualelor sale încălcări. Aşa procedează de exemplu Curtea Constituţională germană când afirmă că demnitatea umană trebuie apreciată întotdeauna în funcţie de un caz concret şi, deşi pare că determină conţinutul acesteia prin afirmarea faptului că „fiinţa umană nu trebuie să fie redusă la un obiect în mâinile puterii statului", proceduralizează imediat noţiunea afirmând că aceste exprimări generale „pot doar să schiţeze cadrul în care pot fi găsite violările demnităţii umane"[28]. Datorită acestei neutralităţi ideologice, demnitatea umană poate fi astfel concepută ca inerentă fiinţei umane şi deci intangibilă, universală, aprecierea încălcării ei rămânând totuşi conjuncturală.

Acest mod de definire conjunctural şi instrumental a conţinutului este de dorit în cazul tuturor valorilor supreme, căci doar astfel poate fi evitată distrugerea bazei pluraliste a societăţii democratice. Democraţia este o societate în care consensul nu poate purta decât asupra procedurilor prin care putem să soluţionăm paşnic conflictele dintre noi. Impunerea unui consens substanţial distruge acest tip de societate. De aceea, valorile normativizate de Constituţia României nu pot instaura un consens substanţial, ele trebuind să rămână doar nişte concepte instrumentale, procedurale, fără un conţinut determinat *a priori*.

---

[28] *B. Maurer*, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme, La documentation française, 1999, p. 125-126.

Tot astfel, valorile care pot constitui temei al restrângerii exerciţiului unor drepturi sau libertăţi trebuie să fie neutre din punct de vedere ideologic şi să aibă un conţinut conjunctural, determinat deci în funcţie de tipul de restrângere ce este operat. Definirea cauzelor trebuie să evite un posibil totalitarism datorat determinării unilaterale făcută de stat a conţinutului conceptelor de securitate, morală, ordine etc.

§3. Restrângerea poate fi dispusă numai dacă este necesară într-o societate democratică

Dacă restrângerea este făcută prin lege şi pentru una din cauzele enumerate, înţelese cum am arătat, atunci urmează a treia fază a analizei proporţionalităţii, cea a verificării necesităţii restrângerii într-o societate democratică.

Analiza acestei condiţii presupune mai întâi de toate cunoaşterea conţinutului noţiunii de «democraţie». În funcţie de structura acestui concept trebuie structurată analiza respectării condiţiei de necesitate impusă de art. 53(2). Ce este democraţia nu este deloc simplu de spus, căci acest concept este utilizat într-o manieră difuză pentru a desemna realităţi uneori radical diferite, atât ca scopuri cât şi ca structură.

Democraţia este, etimologic vorbind, puterea poporului. Dar modul de concepere al «demosului» şi al puterii acestuia, al «cratosului» poate să fie extrem de divers. Noi am făcut această analiză în tratatul de drept constituţional[29]. Acum ne vom rezuma la aplicarea elementelor structurale ale democraţiei în procesul de analiză al proporţionalităţii măsurilor de restrângere a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi.

Primul aspect al structurii democraţiei este definirea demosului ca o procedură de decizie şi nu ca o realitate sociologică. Demosul este o majoritate *politică* rezultată din votul liber exprimat al cetăţenilor. Această majoritate nu este deci creată pe criterii obiective de apartenenţă la un grup tradiţional, etnic, rasial etc., ci pe criterii subiective, de opinie şi apartenenţă politică. Altfel, decupajul majorităţii şi al minorităţilor este fix, iar puterea majorităţii

[29] D. C. Dănişor, Drept constituţional şi instituţii politice, op. cit., p. 81- 90.

nelimitată, căci numărul devine criteriul de departajate fixă în societate: cine este numeric superior are puterea de a comanda fără să poată întâlni vreo opoziţie. Dimpotrivă, majoritatea şi minoritatea politică sunt nişte funcţii publice, care sunt ocupate temporar de către anumite structuri politice desemnate prin votul cetăţenilor. Schimbarea opiniei acestora face ca funcţia majoritară să îşi schimbe titularul. Ca orice funcţie, şi cea de majoritate politică este limitată şi instituţionalizată. Aceasta înseamnă că funcţia are anumite competenţe şi nu o putere absolută de a face orice şi că titularii funcţiei sunt constrânşi de limitele funcţionale ale acestor competenţe, neputând să le schimbe. Funcţia este cea care determină limitele exerciţiului său şi nu persoanele care o ocupă în mod vremelnic.

O măsură de restrângere a exerciţiului unor drepturi ori libertăţi este deci contrară condiţiei de necesitate într-o societate democratică în primul rând dacă face din majoritatea şi minoritatea politică realităţi dependente de criterii obiective de apartenenţă la un grup şi dacă constrânge exprimarea liberă a opiniei politice a cetăţenilor, opinie de care trebuie să depindă într-o societatea democratică titularul funcţiei de majoritate politică. Această constrângere poate îmbrăca forma unor consecinţe juridice restrictive legate de apartenenţa politică sau opinia politică, ceea ce în sistemul nostru înseamnă o încălcare a egalităţii ca nediscriminare, căci aceste criterii sunt enumerate în calitate de criterii de nediscriminare de art. 4(2)C, dar poate să intervină şi independent de egalitatea în drepturi, prin, de exemplu, modul reglementării înfiinţării partidelor politice sau prin modul organizării scrutinului. Astfel, impunerea unei condiţii de număr de membri şi a unei repartiţii teritoriale a cestora pentru ca un partid să se înregistreze este neconstituţională pentru că restrânge exerciţiul dreptului la asociere în partide într-o manieră contrară condiţiei necesităţii într-o societate democratică. Efectul acestei restrângeri este cvasi-imposibilitatea unei minorităţi concetrată într-o parte a teritoriului de a constitui un partid politic sau mai multe, ceea ce înseamnă că votul acestor cetăţeni va fi cu necesitate etnic, adică determinat socilologic şi nu politic. Tipul acesta de restrângere a exerciţiului dreptului face deci ca minoritatea maghiară să voteze practic în funcţie de aparteneţa la un grup de identificare primară şi nu în funcţie de opiniile politice ale persoanelor aparţinând minorităţii, ceea ce, având în vedere

cele explicate mai sus, face condiţia, considerată de C.C. normală într-o societate democratică, să fie de fapt contrară unei astfel de societăţi.

Democraţia liberală este structurată pe libertate şi pe egalitate. Libertatea este scopul, egalitatea este mijlocul de realizare al acestui scop. Problema centrală a democraţiei liberale este cum poate individul să rămână liber deşi este supus puterii demosului. Răspunsul la această întrebare dă seama de structura societăţii democratice. Cel puţin patru condiţii trebuie îndeplinite pentru ca democraţia să prezerve libertatea individuală deşi dă puterea poporului, demosului: a. libertatea trebuie şi fie înţeleasă de către beneficiarii ei ca fiind limitată, b) indivizii trebuie să participe la formarea regulilor juridice în baza cărora le este aplicată constrângerea, c) această participare trebuie să fie egală şi d) societatea şi participarea trebuie să fie structurate pluralist. Orice măsură de restrângere a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi trebuie să nu afecteze existenţa acestor condiţii structurale, pentru a fi necesară într-o societate democratică. Ceea ce devine deci decisiv este explicarea sensului acestor condiţii structurale ale democraţiei, pentru ca apoi să analizăm ce înseamnă din unghiul de vedere al fiecăreia necesitatea restrângerii unor drepturi sau libertăţi.

A. Libertatea trebuie să fie cu necesitate limitată

Necesara limitare a libertăţii separă democraţia de anarhie. Dacă libertatea este înţeleasă ca libertate pur negativă, ca absenţă a oricărei autorităţi care obligă, nu poate fi liber decât cel care trăieşte în afara oricărei societăţi, în starea pe care teoriile dreptului natural o numeau stare de natură. Starea socială presupune doar o libertate politică, o libertate ca autonomie. Dar această autonomie nu poate atinge gradul său absolut fără a da naştere unei anarhii. Dacă ordinea rezultă din autodeterminarea absolută a fiecărui individ, atunci ea nu poate exista decât prin consensul tuturor şi nu poate fi violată niciodată, căci este continuu în armonie cu toate voinţele individuale. Ordinea nu-şi conservă validitatea faţă de un individ care nu mai consimte. Un individ care violează ordinea nu mai este supus faţă de ea, neputând exista niciun conflict între subiect şi ordinea socială. „Individul este considerat ca «supus» (subiect) al

ordinii doar dacă un astfel de conflict este posibil, doar dacă ordinea îşi conservă validitatea în faţa unui individ a cărui conduită «violează» ordinea. O ordine socială veritabilă este incompatibilă cu gradul suprem de autodeteminare"[30]. Democraţia presupune, pentru a nu degenera în anarhie, un grad cât mai mare de autodeterminare individuală, dar niciodată gradul suprem; ea se bazează astfel pe limitarea libertăţilor individuale prin voinţa majorităţii şi nu pe unanimitate. Această metamorfoză a principiului autodeterminării în regula majorităţii trebuie să fie însă însoţită, pentru ca democraţia să subziste, de monitorizarea reacţiei sale inverse, aceea de a trece de la libertatea absolută la puterea absolută a majorităţii. Pentru aceasta este nevoie ca procedurile de decizie la nivelul *demosului* să fie astfel concepute încât să limiteze puterea majorităţii şi să garanteze drepturile minorităţilor. Tehnicile democraţiei constituţionale joacă tocmai acest rol. Prin ele, subiecţii ordinii participă la crearea ei şi astfel sunt liberi.

Când analizăm necesitatea unei restrângeri a unui drept sau a unei libertăţi într-o societate democratică trebuie în primul rând să verificăm dacă restrângerea este necesară evitării anarhiei, dar, în acelaşi timp, dacă măsura nu transformă puterea majorităţii într-o putere absolută. Această condiţie structurală a necesităţii limitării libertăţii pentru a evita transformarea democraţiei în anarhie trebuie să fie o condiţie acceptată de majoritatea indivizilor, adică psihologic dominantă la nivelul conştiinţei colective. Măsurile de restrângere a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi sunt necesare într-o societate democratică, din punctul de vedere al acestei prime condiţii structurale, dacă facilitează acceptarea limitării libertăţii, dacă nu stârnesc haosul sau anarhia. Restrângerea trebuie să fie psihologic acceptabilă pentru majoritatea indivizilor. Dacă restrângerea ar crea reacţia inversă a negării necesităţii limitelor libertăţii, atunci ea este contrară democraţiei. De exemplu, limitarea dreptului la opinie este necesară într-o societatea democratică din punctul de vedere al acestei prime condiţii structurale, cu condiţia ca această limitare să nu fie psihologic respinsă pentru că este indeterminată şi lasă

[30] *H. Kelsen*, Théorie générale du droit et de l'Etat, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 1997, p. 335.

posibilitatea abuzurilor: de exemplu prin încriminarea penală a tuturor activităţilor zise «contrarevoluţionare».

Această condiţie de limitare necesară a libertăţii este aplicabilă şi libertăţii titularilor funcţilor publice de a-şi aprecia modul exercitării competenţelor. De aceea, orice exerciţiu nelimitat al unei competenţe, adică un exerciţiu lipsit de orice control, este contrar democraţiei. De exemplu, posibilitatea, necontrolată în nici un fel, a Preşedintelui României de a consulta populaţia cu privire la o problemă de interes naţional, declanşând un referendum. Sistemul nostru a deschis exact acestă posibilitate, datorită refuzului C.C. de a acorda Parlamentului dreptul de a stabili prin lege sfera problemelor de interes naţional şi a refuzului de a controla constituţionalitatea decretelor de declanşare a procedurii, însoţită de refuzul instanţelor ordinare de a face acest control. Dacă prin astfel de referendumuri se vizează restrângerea exerciţiului unor drepturi ori libertăţi, acestea sunt neconstituţionale, pentru că încalcă tocmai condiţia necesarei limitări a libertăţii într-o societate democratică.

B. Cei supuşi ordinii juridice participă la crearea ei

H. Kelsen dă următorul răspuns problemei păstrării libertăţii în condiţiile supunerii faţă de regulile create de majoritate: „Este politic liber subiectul unei ordini juridice care participă la crearea acestei ordini... Democraţia semnifică faptul că «voinţa» exprimată în ordinea juridică statală este identică cu voinţa subiecţilor”[31]. Cea de-a doua idee care garantează că democraţia rezultă din libertate este deci că cei supuşi ordinii participă la crearea ei. Libertatea-autonomie trebuie astfel însoţită, pentru a fi reală şi pentru ca democraţia să rezulte din libertate, de o libertate-participare. Participarea aceasta poate să fie directă, deşi este din ce în ce mai improbabil ca intensitatea necesară acestei participări directe să mai fie realizată datorită dimensiunilor spaţiale ale democraţiilor contemporane şi intensităţii cerute guvernării, datorită complexităţii societăţii, sau indirectă, prin intermediul alegerii reprezentanţilor. Suntem astfel în prezenţa a două tipuri de democraţie: participativă şi

[31] Idem, p. 333.

electorală. Problema este deocamdată doar dacă, indiferent în care formă de democraţie, subiecţii participă în mod real la crearea ordinii care-i constrânge. Ca o astfel de participare să fie reală trebuie să fie îndeplinite câteva condiţii minimale:

1. subiectul să vrea să participe;

2. subiectul să fie capabil să participe, ceea ce implică faptul de:

a) a fi informat;

b) a avea criteriile intelectuale de selectare a informaţiilor.

Pentru ca aceste condiţii să poată fi reunite sistemul politic trebuie să asigure:

1. un sistem educaţional care să nu fie un instrument de îndoctrinare;

2. o structură de ansamblu cu centre de influenţă şi de informare multiple şi diverse, pentru a garanta calitatea participării şi

3. o sumă de proceduri care să faciliteze atitudinea participativă a cetăţenilor prin crearea unor rezultate vizibile ale participării.

Referindu-ne la analiza îndeplinirii condiţiei necesităţii într-o societate democratică a unei măsuri de restrângere a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi, trebuie să avem mai întâi în vedere că orice măsură de acest gen care împiedică participarea cetăţenilor este contrară democraţiei. Apoi, trebuie verificat dacă, deşi nu împiedică această participare în mod formal, măsura nu o face inefectivă. Pentru a decide această efectivitate trebuie analizate cel puţin condiţiile structurale arătate mai sus. Orice măsură care afectează una dintre condiţiile structurale de mai sus este neconstituţională pentru că nu este necesară într-o societate democratică. Obligaţia statului este de regulă negativă, de abţinere, în aceste cazuri, dar unele elemente structurale cer şi o intervenţie activă a statului. Problema sistemului nostru este că lipsa unei măsuri, omisiunea de a lua o măsură, nu poate fi judecată de către justiţia constituţională în starea actuală a dreptului românesc, cel puţin în optica C.C.. Aşadar, cel puţin deocamdată, măsura trebuie să nu afecteze condiţiile structurale enumerate, putând însă foarte bine să fie constituţională chiar dacă nu le facilitează.

C. Participarea cetăţenilor la crearea ordinii trebuie să fie egală

Egalitatea este baza democraţiei. Dar nu este vorba de orice egalitate, căci nu orice tip de egalitate este compatibil cu democraţia. Problema nu este deloc simplă, având în vedere ambiguitatea naturală a termenului egalitate şi faptul că egalitatea formală, tipică democraţiei clasice, a fost catalogată drept egalitate nereală, un întreg sistem politic, ce cuprindea aproape jumătate din lume, străduindu-se să edifice un alt tip de egalitate, neformală, materială, care ar fi fost reală.

Un prim sens al egalităţii este identitatea. Înţeleasă astfel, egalitatea poate fi reprezentată concret: două lucruri sunt egale dacă sunt identice în orice privinţă. Este acest sens al egalităţii compatibil cu democraţia? Poţi să consideri că doi oameni sunt identici? Evident, nu. Oamenii sunt prea diverşi, prea diferiţi. Ar trebui deci eliminată accepţiunea de egalitate în sensul de identitate? Da şi nu. Da, pentru că evident diferenţa dintre oameni din punct de vedere natural şi social este mare şi nu poate fi cu totul negată fără a-i devaloriza pe cei mai înzestraţi, deci fără a condamna societatea la a se lipsi de inteligenţa care îi asigură progresul. Nu, pentru că această diferenţă trebuie atenuată: chiar diferiţi în toate celelalte privinţe, oamenii trebuie să rămână identici în una: demnitatea lor de fiinţe umane. Egalitatea democratică se axează pe această dualitate: oamenii sunt consideraţi egali în demnitatea lor, egali în mod intrinsec[32], dar fără ca această egalitate să se transforme în uniformitate. Acest lucru asigură libertatea, căci libertatea produce o verticalizare, o diferenţiere. Democraţia vrea nu orice egalitate, ci o egalitate în libertate. Între libertate şi egalitate tinde să existe un divorţ parţial: libertatea nu se acomodează cu orice fel de egalitate. A. de Tocqueville credea că nu se poate acomoda cu egalitatea socialismului, deci cu o egalitate materială, pentru că ceea ce conta pentru el era ca egalitatea să producă libertate; socialiştii, dimpotrivă, văd în egalitatea formală, juridică, o ficţiune, menită doar să mascheze dominaţia clasei avute, deci lipsa de libertate pentru cei mulţi şi săraci. Această ciudată legătură dintre libertate şi egalitate este a doua cauză care face ultimul concept ambiguu, căci el capătă sensuri diferite în raport de rezultatul social pe care ideologia care-l vehiculează îl pune

[32] *R.A. Dahl.,* Democracy and its Critics, New Haven, 1989, p. 84 şi urm.

în centrul preocupărilor sale. Pentru democraţia liberală egalitatea nu poate avea sensul uniformizator pe care îl are pentru socialism; egalitatea democraţiei liberale este o egalitate ca justiţie, nu o egalitate ca identitate. Dar chiar acest al doilea înţeles fundamental al egalităţii produce în mod natural două sensuri: justiţia individuală, care se conduce după maxima *suum cuique tribuere* (a face dreptate înseamnă a-i da fiecăruia ce merită) şi justiţia socială, care este cu totul altceva (fiecare trebuie să primească o parte echitabilă, chiar dacă această distribuire este interpretată în multe feluri).

Egalitatea se nuanţează între două extreme: o egalitate strict formală, care nu ia în considerare nicio diferenţă şi o egalitate deplină, materială, ca identitate economică. Istoric vorbind, prima pare să reuşească mai bine decât cealaltă să susţină democraţia. Regimurile de inspiraţie marxistă au eşuat peste tot şi la toate capitolele. Dar acest fapt nu înseamnă în mod automat că simpla egalitate formală, politico-juridică, ar fi ideală pentru o societate democratică. Ea este o condiţie necesară, dar nu suficientă. Orice democraţie trebuie să asigure o oarecare redistribuire. Cum se exprimă uneori instanţele constituţionale, pentru a realiza mai multă egalitate de fapt este autorizată mai puţină egalitate de drept. Egalitatea socială este astfel o formă ce compensează injustiţia ce poate rezulta din ignorarea de către egalitatea politico-juridică a diferenţelor. Se instituie, astfel, o complementaritate între primul şi cel de-al doilea criteriu al egalităţii, dar şi un potenţial conflict. Pentru ca din egalitatea formală, politico-juridică, să rezulte democraţia şi nu o societate ierarhizată în exces, trebuie ca unele inegalităţi să fie corectate pentru ca indivizilor să li se asigure un start egal şi un acces egal. Aceasta presupune însă o serie de derogări de la criteriul egalităţii formale, prin ceea ce s-a numit discriminare pozitivă. Discriminările pozitive tind să transforme egalitatea formală în egalitate materială. De la mai mult drept se ajunge astfel la mai multe drepturi.

Două consecinţe pot fi fatale acestei atitudini. Prima este transformarea discriminărilor pozitive într-un paternalism al statului-providenţă, care face ca fiecare regim derogatoriu să fie însoţit de o imixtiune a statului în sfera autonomiei individuale: pentru ca indivizii să se bucure de drepturile rezultate din regimul derogatoriu de la egalitatea formală, statul trebuie să autorizeze această persoană să-şi exercite libertatea. Statul providenţă se caracterizează

astfel, adaptat fiind exigenţelor materiale, „printr-o ambivalenţă între garantarea libertăţii şi privarea de libertate, ambivalenţă care rezultă din dialectica între egalitatea de drept şi egalitatea de fapt”[33]. Pentru a evita această extindere a câmpului de intervenţie a statului, trebuie ca discriminarea pozitivă să fie datorată unei compensări a inegalităţilor de fapt, ale căror consecinţe secundare sunt restrictive în materie de libertate şi nu unui paternalism al statului providenţă. Un program juridic „se relevă a fi paternalist atunci când este insensibil la consecinţele secundare, restrictive în materie de libertate, pe care le antrenează compensarea statală a acestor inegalităţi”[34] de fapt.

A doua problemă a acestei atitudini, ce acordă prevalenţă egalităţii materiale, este că trebuie să nu degenereze în comunism. În fond, ţelul acestuia nu era decât egalitatea materială, concepută ca egalitate reală, opusă egalităţii formale, considerată ca nereală. Pentru a evita această pervertire a scopului, trebuie ca obiectivul realizării unei mai mari egalităţi de fapt să fie subordonat faptului că această egalitate materială trebuie să fie realizată doar pentru a facilita egalitatea de şanse, nu pentru ea însăşi. Cu alte cuvinte, nicio discriminare pozitivă nu este permisă decât cu condiţia ca egalizarea situaţiilor de fapt să fie făcută pentru a obţine o participare egală, nu aceleaşi drepturi. Scopul egalităţii materiale în comunism este egalitatea însăşi, în timp ce scopul egalităţii materiale într-o societate democratică este facilitarea participării politice şi sociale. Se pare astfel că egalitatea ca start egal şi ca acces egal sunt formele de egalitate care prevalează într-o democraţie. Aceasta nu înseamnă că celelalte forme sunt excluse. Dimpotrivă, nu poate fi vorba de egalitatea startului şi accesului decât dacă egalitatea politico-juridică este deja câştigată, cum nu poate fi vorba de ele decât dacă o anumită redistribuire asigură o egalizare relativă a condiţiilor economice: de exemplu, în materie de învăţământ, de acces la informaţie etc. Deşi contradictorii între ele, criteriile egalităţii pot deveni complementare pentru a realiza democraţia, prin compensarea reciprocă a efectelor indezirabile. Ceea ce democraţia trebuie să facă este să găsească metodele de determinare a acestor compensări şi, în orice

[33] *J. Habermas*, Droit et démocratie, entre faits et normes, Gallimard, Paris, 1997, p. 444
[34] Idem, p. 445.

caz, să nu elimine din ecuaţie nicio formă de egalitate sau să absolutizeze vreuna dintre ele.

Când analizăm problema necesităţii unei restrângeri a unui drept sau libertăţi într-o societate democratică din unghiul de vedere al egalităţii participării nu trebuie să facem confuzie între această condiţie şi analiza egalităţii înseşi, care presupune la rândul ei un control de proporţionalitate. Este vorba deci de o analiză a compatibilităţii restrângerii cu societatea democratică, privită din unghiul de vedere al egalităţii, care presupune o combinare particulară şi circumstanţială a criteriilor egalităţii pentru a obţine mai multă participare şi mai mult acces pentru toţi la beneficiile spaţiului public şi nu de egalitatea de tratament tipică analizei egalităţii juridice ca prohibire a arbitrarului sau ca nediscriminare, ori ca interzicere a privilegiilor.

D. Societatea şi participarea cetăţenilor trebuie să fie structurate pluralist

Modul în care este formulată afirmaţia aceasta, vrea să arate că structurarea societăţii în paralel cu structura organică a statului este absolut necesară existenţei democraţiei. Cu alte cuvinte, *nu există democraţie fără o societate civilă distinctă de stat*. Afirmaţia pare banală. Dar de ce ar trebui să existe cu necesitate o astfel de societate civilă pentru a fi în prezenţa democraţiei? Democraţia presupune luarea în considerare a *individului* cetăţean sau a *grupurilor* de cetăţeni structurate pe diverse criterii? Nu cumva individualismul primei atitudini este în contradicţie cu comunitarismul celei de-a doua? Structurarea pare necesară pentru că individul luat singur nu poate determina o anumită atitudine a puterii politice: structurarea oferă greutate; organizarea cetăţenilor concură la eficientizarea participării lor politice. Dar organizarea, structurarea, limitează libertatea celor care aderă la structură. Trebuie să renunţi la o parte din libertatea ta cetăţenească pentru a face parte dintr-un partid politic, la fel cum a trebuit să renunţi la o parte din libertatea ta naturală pentru a face parte din societate. Dacă organizaţiile facilitează participarea, ele o şi limitează. Democraţia suportă astfel o tensiune permanentă între nevoia de structurare a societăţii civile şi limitarea libertăţii individuale datorată creşterii

rolului şi tendinţelor oligarhice de la nivelul acestor structuri.

Ieşirea relativă din această tensiune este dată de *pluralismul structurilor societăţii civile*. Mai întâi, un *pluralism categorial*: o societate civilă funcţională presupune existenţa partidelor politice, grupurilor de presiune şi media, ca structuri independente unele faţă de altele. Mai apoi, un *pluralism intracategorial*: mai multe partide aflate în concurenţă, pluralismul grupurilor de presiune, pluralismul informaţiei. *Pluralismul este* astfel, cum se exprimă Constituţia României din 1991 (art. 8), *o condiţie şi o garanţie a democraţiei constituţionale*. Condiţie şi garanţie pentru că libertatea indivizilor este garantată, pe de o parte, prin limitarea puterii statului datorită pluralismului centrelor de influenţă şi elitelor eligibile şi, pe de altă parte, prin limitarea puterii structurilor societăţii civile însele, prin controalele reciproce între categorii şi infracategoriale. Structurarea plurală este deci o trăsătură esenţială a democraţiei liberale, trăsătură ce o deosebeşte de totalitarism. Totalitarismul presupune un popor ca o masă destructurată de indivizi. Destructurarea asigură dominaţia statului. Pentru ca statul să fie limitat, poporul trebuie structurat; numai astfel el poate fi *demos*.

Pluralismul nu este însă doar structural, ci şi moral şi comprehensiv, în sensul că o democraţie nu trebuie să se bazeze pe o doctrină morală sau comprehensivă unică, ci să le admită pe toate, fiind echidistantă faţă de ele. Statul nu poate fi adeptul şi promotorul unui adevăr oficial. Aceasta deosebeşte democraţia liberală de totalitarism.

Restrângerea exerciţiului unui drept sau a unei libertăţi nu trebuie să fie contrară pluralismului în acest sens complex expus mai sus. Nu este deci necesară într-o societate democratică o măsură care distruge pluralismul. Restrângerea pluralismului însuşi este posibilă, dar doar dacă este proporţională în sens strict, cum vom vedea mai jos, chiar dacă nu există în mod expres prevăzut un drept fundamental la pluralism.

§4. Măsura de restrângere trebuie să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o

Numită şi proporţionalitate în sens strict, spre deosebire de

proporţionalitatea *lato sensu*, care presupune toate aspectele analizate mai sus şi care urmează a fi analizate mai departe, această adecvare a măsurii de restrângere la situaţia care a determinat-o este extrem de complexă şi trebuie privită sistemic şi analizată în trepte.

Mai întâi trebuie analizate conceptele. Constituţia dispune că măsura trebuie să fie proporţională cu *situaţia* care a determinat-o. Deci nici *scopul* restrângerii, nici *motivele* acesteia, nici *obiectul* ei nu sunt referent al controlului de proporţionalitate, ci *situaţia* care a determinat măsura de restrângere.

Distincţia clasică a noţiunilor de «motive» ale legii, de «obiect» al legii şi de «scop» al acesteia aparţine lui R. Bonnard[35]. Potrivit acestei accepţiuni tradiţionale, *motivele legii sunt* constituite din datele pe care autorul actului le utilizează ca bază logică, ca justificare logică a deciziei sale şi ca urmare a regulii juridice care rezultă din aceasta. Este vorba de raţiunile de fapt şi de drept care justifică alegerea făcută de legiuitor. *Obiectul legii* este rezultatul ei «imediat», adică decizia rezultând în mod logic din motivele arătate. În fine, *scopul leg*ii, este rezultatul său «mediat», un rezultat practic, metajuridic, urmărit de legiuitor. Acest scop poate fi diferit de rezultatul real obţinut prin aplicarea normei.

În materia controlului de proporţionalitate a măsurilor de restrângere a exerciţiului drepturilor sau libertăţilor, referentul controlului este *situaţia* care a determinat-o. Această noţiune trebuie înţeleasă clar din punct de vedere juridic. Situaţia de care vorbeşte Constituţia nu este desigur legată doar de fapte, ci şi de norme. Ea trebuie deci să fie *juridică*. Noţiunea de situaţie juridică ca referent al controlului de proporţionalitate cuprinde motivul, obiectul şi scopul legii într-un sistem integrat. Proporţionalitatea trebuie judecată în raport de *situaţia* care determină măsura de restrângere, deci trebuie analizată mai întâi adecvarea obiectului măsurii de restrângere la motivele acesteia, mai apoi adecvarea mijloacelor utilizate la scopul legii restrictive şi, în fine, adaptarea rezultatului concret al legii restrictive la scopul urmărit de legiuitor prin legea respectivă şi

[35] *R. Bonnard*, Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P., 1923, p. 362.

la motivele care au determinat alegerea sa. Judecarea respectării sau a violării principiului proporţionalităţii presupune deci un multiplu control de necesitate şi un multiplu control de adecvare.

Adecvarea aceasta multiplă presupune la toate nivelurile analizei un control al necesităţii măsurii de restrângere, de data această nu prin raportare la democraţie, ci prin raportare la situaţie. Restrângerea trebuie să fie necesară, fără ea să nu poată fi atins scopul legii. În al doilea rând, măsura trebuie să fie adecvată scopului urmărit adică să fie aptă *a priori* să realizeze acest scop. Adecvarea trebuie să fie adecvată *a priori,* adică înainte de orice experienţă, faţă de scopul urmărit, pentru că este inadmisibilă experimentarea restrângerii libertăţii. În al treilea rând, măsura trebuie reprezinte măsura minimă necesară obţinerii rezultatului urmărit. Dacă există o altă ingerinţă posibilă care este mai blândă decât cea utilizată, măsura este neconstituţională, chiar dacă este aptă să realizeze scopul.

§5. Măsura de restrângere trebuie să fie aplicată în mod nediscriminatoriu

Constituţia instituie o condiţie de *aplicare* nediscriminatorie. Desigur că dacă măsura este în sine şi nu prin modul aplicării ei discriminatorie ea este neconstituţională pentru că încalcă egalitatea în drepturi. Dar ea poate fi o restrângere neconstituţională a exerciţiului unui drept sau al unei libertăţi şi dacă nu încalcă prin prescripţiile sale egalitatea în drepturi, dacă este aplicată într-o manieră discriminatorie. De exemplu, măsurile privesc teoretic toate persoanele, dar în practică sunt aplicate doar unei etnii sau unei rase. Modul aplicării este judecat de judecător, nu de legiuitor. Practica administrativă sau judiciară discriminatorie face *norma însăşi* neconstituţională, nu doar actele de aplicare, care de altfel nici nu pot fi judecate la noi din punctul de vedere al constituţionalităţii lor, cel puţin în optica actuală a C.C. Cred că nu încape nici un dubiu că încălcarea art. 53C atrage neconstituţionalitatea şi că el dispune expres că proporţionalitatea este nesocotită dacă *aplicarea* normei este discriminatorie.

Aplicarea este discriminatorie dacă este făcută pe baza unuia dintre

criteriile de nediscriminare enumerate de art. 4(2)C sau pe baza unui criteriu de natura celor enumerate. Dar diferenţa de tratament juridic poate fi discriminatorie chiar dacă nu este bazată pe unul dintre criteriile expres prevăzute sau pe unul de natura acestora, dacă ea aduce atingere demnităţii umane, adică dacă accentuează un dezavantaj, un stereotip, o prejudecată sau o vulnerabilitate suportate de o persoană sau un grup, mai ales atunci când caracteristica care permite identificarea lor este imuabilă. Existenţa unui dezavantaj anterior reglementării eventual discriminatorii este un factor pertinent, căci o diferenţă de tratament adiţională va contribui la perpetuarea sau accentuarea caracterizării sociale injuste a persoanelor vizate şi va avea asupra lor efecte mai grave pentru că ele sunt într-o situaţie de vulnerabilitate. Astfel, nu doar caracteristicile personale sau de grup nu pot constitui bază a discriminării pentru că ating demnitatea umană, ci şi aflarea într-o situaţie dezavantajoasă injustă. Existenţa discriminării nu mai este judecată strict formal, pornind de la criterii interzise prestabilite care ar sta la baza reglementării, ci substanţial, luându-se în consideraţie eventuala excludere sau situare injustă prin *efectul reglementării*. Accentuarea unui stereotip cu privire la caracteristicile persoanei sau grupului său de apartenenţă prin reglementarea juridică sau prin oricare altă măsură a statului este astfel discriminatorie chiar dacă nu are la bază criteriile de nediscriminare. Un stereotip poate fi definit ca o concepţie eronată pornind de la care o persoană sau un grup sunt în mod injust ţinute a poseda caracteristici indezirabile sau caracteristici pe care grupul sau cel puţin unii dintre membrii lui nu le posedă. Perpetuarea sau accentuarea acestor caracteristici este contrară demnităţii pentru că traduce sau acreditează ideea că o persoană sau un grup particular sunt mai puţin capabile sau valoroase decât altele. Dar nu este neapărată nevoie ca stereotipul să preexiste măsurii legislative. Este suficient ca măsura legislativă să promoveze opinia că un membru al societăţii este mai puţin capabil sau mai puţin demn de a fi recunoscut sau valorizat ca fiinţă umană sau ca membru al societăţii[36].

[36] *D.C. Dănişor*, Drept constituţional şi instituţii politice, op. cit., p. 617-621.

§6. Măsura trebuie să fie aplicată fără să aducă atingere existenţei dreptului sau a libertăţii

Şi această condiţie se referă la *aplicarea* normei de restrângere a exerciţiului dreptului sau libertăţii şi nu doar la formularea ei. Desigur că dacă formularea însăşi a normei legale aduce atingere existenţei dreptului sau libertăţii norma este neconstituţională. Totuşi, o asemenea formulare a legii în mod vădit contrară unei libertăţi este improbabilă. Iată de ce constituantul a impus o condiţie de aplicare, nu doar una de formare a regulii legislative. Legea de restrângere a exerciţiului dreptului sau libertăţii devine ea însăşi neconstituţională dacă *aplicarea* sa aduce atingere existenţei dreptului sau libertăţii.

Această afectare a existenţei dreptului sau libertăţii este echivalată de Curtea Constituţională cu o restrângere excesivă a exerciţiului acestora[37]. Ca să nu fie excesivă, restrângerea trebuie să fie „justificată în mod obiectiv şi raţional de dispoziţiile art. 53 din Constituţie"[38]. Curtea extrapolează astfel raţionamentul tipic făcut în cadrul analizei problemei egalităţii în drepturi şi la analiza restrângerii excesive a exerciţiului unui drept sau unei libertăţi. Deci, consideraţiile privind justificarea diferenţei sau unităţii de tratament sunt aplicabile şi analizei ultimei condiţii stabilită de art. 53C. Restrângerea afectează existenţa dreptului sau a libertăţii dacă este arbitrară, excesivă. Aşa cum am precizat cu privire la egalitate[39], diferenţa sau unitatea de tratament trebuie să fie bazate pe un *motiv* obiectiv şi rezonabil. *Motivul*, nu doar *motivarea*, trebuie să fie obiectiv. O precizare se impune: el trebuie să fie «rezonabil», nu «raţional». În ceea ce priveşte prima precizare, ea vrea să zică, mai întâi, că motivul trebuie să fie extras dintr-o realitate independentă de voinţa arbitrară a organului care face restrângerea sau aplicarea regulii restrictive, iar, mai apoi, că motivarea acestei opţiuni trebuie să nu fie

[37] Decizia nr. 39/2004, M. Of. Nr. 217 din 12 martie 2004.

[38] Decizia nr. 217/2005, M. Of. Nr. 417 din 18 mai 2005.

[39] Vezi *D.C.Dănişor, I. Dogaru, Gh. Dănişor,* Teoria generală a dreptului, C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 366-371.

subiectivă, ci să facă apel la realitatea care a determinat-o. Motivul trebuie să fie rezonabil, deci public, în sensul că el trebuie să poată produce un consens. Acest caracter «obiectiv şi rezonabil» al motivului şi motivării diferenţei sau unităţii de tratament în cadrul analizei egalităţii rezultă din compararea situaţiilor obiective în care se află persoanele şi din luarea în considerare a unor aspecte ale interesului general sau ale justiţiei sociale ori dreptăţii. Aceleaşi considerente ar trebui, dacă admitem extrapolarea făcută de Curtea Constituţională, să fie valabile şi în cazul restrângerii exerciţiului unui drept sau unei libertăţi.

Titlul II. Disfuncţionalităţi ale justiţiei constituţionale

Capitolul 1. Curtea Constituţională a României în capcana nefilosofării

Judecătorii nu trebuie să fie filosofi. Şi, evident, nu sunt. Dar orice judecată implică o filosofie. Şi este tragic pentru justiţiabil când judecătorul lipseşte judecata de filosofia ei. Cum nu există raţionament juridic neutru din punct de vedere filosofic, lipsa fundamentării filosofice a judecăţii echivalează cu alegerea arbitrară a finalităţii hotărârii. Când instanţa este obligată să judece legile, nu comportamentele, atunci este obligată să filosofeze. Dacă guvernanţii nu pot fi filosofi, cum ar fi vrut discipolii lui Platon, cenzorii lor trebuie să îşi fundamenteze filosofic judecata asupra actelor guvernământului, dacă vor să protejeze persoanele printr-o conciliere fericită a autorităţii cu libertatea. Piatra de încercare a jurisprudenţei unei instanţe constituţionale este astfel filosofia încadrării juridice şi deci a limitării posibilităţii deschise guvernanţilor de a refuza sau restrânge exerciţiul drepturilor sau libertăţilor guvernaţilor.

În ce ne priveşte, prăbuşirea unui stat bazat pe doctrina marxistă şi tentativa de instaurare a unui stat liberal obligă instanţa constituţională să îşi construiască o filosofie a raporturilor dintre autoritate şi libertate (şi deci a limitării posibilităţii restrângerii exerciţiului unor drepturi sau libertăţi), care să fie liberală. Situaţia este complicată de criza liberalismului occidental şi de lipsa de asimilare în cultura românească a unei alternative nemarxiste la filosofia liberală[1]. Or, este greu de detectat o astfel de filosofie la baza jurisprudenţei Curţii Constituţionale a României (C.C.). Instanţa constituţională este filosofic confuză, iar efectele acestei confuzii asupra protecţiei drepturilor şi libertăţilor persoanelor sunt dezastruoase.

Liberalismul are câteva idei structurante: (1) prioritatea justului asupra binelui, (2) bazarea spaţiului şi deciziei publice pe cetăţeanul desprins de

[1]O astfel de alternativă se vrea comunitarismul: vezi Charles Taylor, Alasdaire MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer, Charles Larmore etc.. Pentru o analiză a opoziţiei liberalism/comunitarism, vezi, de exemplu, Libéraux et communautariens, textes réunis et présentés par André Berten, Pablo da Silveira, Hervé Pourtois, PUF, Paris, 1997 şi François Huguenin, Résister au libéralisme. Les penseurs de la communauté, CNRS Editions, 2009.

grupurile primare de identificare[2] şi care se autoconstruieşte, (3) egalitatea de şanse, (4) neutralitatea statului şi (5) postularea individului ca finalitate a oricărui sistem social, ceea ce se transpune în principiul priorităţii libertăţii.

Prima idee implică faptul că în statul liberal coexistă mai multe concepţii asupra societăţii bune şi că mecanismele justiţiei care le fac posibilă coexistenţa sunt prioritare faţă de oricare dintre ele[3]. În ceea ce priveşte posibilitatea restrângerii exerciţiului unor drepturi sau libertăţi, această primă idee de bază a liberalismului se transpune într-un principiu care a fost magistral formulat de John Rawls: „O libertate de bază[4] nu poate fi limitată sau refuzată decât pentru a proteja una sau mai multe alte libertăţi de bază şi niciodată […] în numele binelui public sau al valorilor perfecţioniste”[5]. Aceasta înseamnă că dacă instanţa noastră constituţională vrea să fie garantul unei constituţii liberale, atunci trebuie să vegheze ca statul să nu restrângă exerciţiul unei libertăţi sau unui drept pentru cauzele ce privesc binele public prevăzute în art. 53 alin. (1) din Constituţie [art. 53(1)C] decât dacă prin aceasta se asigură o protecţie proporţională a unei alte libertăţi sau a unui alt drept expres determinate.

C.C. începuse bine în acest domeniu. Astfel, în Decizia nr. 139/1994[6] ea afirma că limitarea dreptului la liberă circulaţie prin instituirea unei taxe de trecere a frontierei „presupune ca legiuitorul să stabilească în folosul căror drepturi anume a fost instituită taxa. Determinarea acestor drepturi nu poate fi, însă, generică (…), ci în mod concret”. Confruntată cu o criză economică, această jurisprudenţă promiţătoare a sucombat. Astfel, în deciziile pronunţate în privinţa Legii privind stabilirea unor măsuri în domeniul pensiilor şi Legii

[2]Asupra sensului acestui concept vezi Dan Claudiu Dănişor, Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I – Teoria generală, C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 291-333.

[3]Ideea antică susţinută de Aristotel, preluată şi dezvoltată apoi de liberalismul clasic, mai ales de Kant, este fructificată în a doua jumătate a secolului trecut de John Rawls (A Theory of Justice, 1971; The Priority of Right and Ideas of Good, 1988; Political Liberalism, 1993; Justice as Fairness: A Restatement, 2001) stârnind o reacţie consistentă din partea comunitaristilor, multiculturaliştilor, libertarienilor şi chiar a unor liberali.

[4]«Fundamentală» în sensul Constituţiei României.

[5]John Rawls, Libéralisme politique, PUF, Quadrige, Paris, 2007, p. 351.

[6] M. Of. nr. 4 din 12 ianuarie 1995.

privind unele măsuri necesare în vederea restabilirii echilibrului bugetar[7], instanţa constituţională admite că prin lege poate fi restrâns exerciţiul unor drepturi sau libertăţi pentru apărarea securităţii naţionale fără a mai impune legiuitorului determinarea concretă a drepturilor sau libertăţilor fundamentale astfel garantate[8].

Procedând astfel, C.C. lasă guvernanţilor posibilitatea nelimitată de a invoca binele comun contra libertăţilor individuale. Ea încalcă astfel primul principiu structurant al statului liberal. Şi cum o alternativă nemarxistă la liberalism nu se întrezăreşte în România, Curtea admite consecinţele totalitare ale actelor guvernământului.

O altă idee fundamentală a liberalismului este bazarea societăţii juste pe un anumit tip de egalitate: egalitatea de şanse. Contra mecanismelor formale ale acestui tip de egalitate, bazată pe ideea centrală a priorităţii justului asupra binelui, marxismul afirma egalitatea «reală», materială, bazată pe prioritatea unui anumit tip de bine comun asupra mecanismelor justiţiei – un fel pervers de identitate.

Avantajul egalităţii de şanse este că lasă societatea să se structureze ierarhic, dar nu în raport de apartenenţa grupală, ci în raport de merit. Astfel, democraţia liberală[9] este o meritocraţie. Ea se centrează pe libertate chiar în materia egalităţii. Şi asta pentru că, aşa cum fericit se exprima Giovani Sartori, „pornind de la libertate, avem libertatea de a ajunge la egalitate; egalitatea nu ne oferă libertatea de a reveni la libertate”[10]. În democraţia liberală diferenţele nu numai că sunt permise, sunt absolut necesare. Egalitatea nu înseamnă identitate, ci doar egalul respect al tuturor oamenilor şi asigurarea cadrului social al unei competiţii juste pentru beneficiile sociale. Deci, nu acelaşi venit sau aceeaşi

---

[7] Decizia nr. 871/2010, nr. 872/2010, nr. 873/2010 şi nr. 874 din 2010, publicate în M. Of. nr.433 din 28 iunie 2010. Acest studiu nu reprezintă un comentariu al deciziilor amintite. Unele dintre motivările Curţii Constituţionale sunt foarte bune, dar aici ne interesează doar consideraţiile privitoare la art. 53C.

[8] Vezi mai ales Decizia nr. 872 din 25 iunie 2010, Publicată în M. Of. nr.433 din 28 iunie 2010.

[9] Diferenţa dintre democraţie şi democraţia liberală a fost introdusă de Alexis de Tocqueville tocmai pentru a deosebi democraţia occidentală de democraţia marxistă.

[10] Teoria democraţiei reinterpretată, Polirom, Iaşi, 1999, p. 344.

poziţie socială pentru toţi, ci doar un start egal într-o competiţie care creează o ierarhie a valorilor şi persoanelor în funcţie de talentul şi efortul acestora.

C.C. afirmă în continuu că egalitatea nu înseamnă uniformitate, ci drept la diferenţă, dar fără convingere, fără să demonstreze că înţelege cu adevărat acest gen de egalitate. De aceea, la prima zdruncinare majoră a societăţii noastre postcomuniste Curtea a deviat către admiterea egalităţii materiale. Necenzurarea consideraţiilor egalitariste ale guvernului[11] în materia salariilor şi pensiilor nu înseamnă altceva decât negarea meritocraţiei, adică a statului liberal, care nu poate fi bazat decât pe acest tip de verticalizare a egalităţii în vederea libertăţii. Ideea liberală poate fi transpusă uşor în consideraţii pragmatice: dacă toţi câştigăm aproximativ la fel şi ne bucurăm de o poziţie socială relativ identică, atunci efortul celor mai bine dotaţi ca inteligenţă şi voinţă devine neinteresant pentru ei; or, societatea nu progresează decât datorită aportului de cunoaştere inovatoare adus de aceste persoane. Guvernul tinde să distrugă această verticalizare a societăţii în funcţie de merit, iar C.C. nu a avut tăria filosofică să reziste acestor tendinţe marxiste.

O altă idee de bază a liberalismului care ne interesează din punctul de vedere al restrângerii exerciţiului drepturilor sau libertăţilor este că individul (şi nu grupul, societatea ori statul) este finalitatea oricărui sistem social. Libertatea are prioritate asupra interesului general, adică asupra securităţii naţionale, ordinii, sănătăţii ori moralei publice. Această prioritate a libertăţii individuale se impune oricărei interpretări teleologice (finaliste) a sistemului juridic. C.C. nu are libertatea de a deroga de la această regulă dacă vrea să impună Legiuitorului şi Executivului o constituţie liberală. Această regulă nu este deloc clară magistraţilor Curţii. Astfel, ei interpretează textele constituţionale în sensul preponderenţei contenciosului constituţional al normelor asupra contenciosului constituţional al libertăţilor[12], trădând o predispoziţie de a acorda prioritate

[11]Admiterea verticalizării egalităţii pe considerentul independenţei judecătorilor nu mi se pare relevantă din acest punct de vedere, chiar dacă, în altă logică, este meritorie.

[12]Pentru lămurirea sensului acestei clasificări şi a consecinţelor ei vezi Dan Claudiu Dănişor, Drept constituţional şi instituţii politice, op.cit., p. 685-704.

sistemului asupra individului, adică una totalitară[13]. De exemplu, când nu mai controlează constituţionalitatea legilor sau ordonanţelor pentru că nu mai sunt în vigoare la data controlului, deşi ele sunt în continuare aplicabile persoanelor în faţa instanţelor ordinare, căci norma nouă, abrogatoare, nu poate retroactiva, adică nu poate fi aplicabilă situaţiilor juridice create înainte de intrarea ei în vigoare, faţă de care rămâne aplicabilă legea veche, posibil neconstituţională, dar necontrolabilă în optica instanţei noastre de contencios constituţional, cel puţin până acum. Libertatea individuală este astfel făcută secundară faţă de asanarea sistemului normativ. Sau când nu controlează constituţionalitatea unei practici judiciare sau administrative restrictive în materia exerciţiului drepturilor ori libertăţilor fundamentale, deşi art. 53C dispune clar că restrângerea poate fi făcută doar prin lege şi deci, *a contrario*, că C.C. trebuie să cenzureze orice restrângere făcută în alt mod[14]. Curtea acordă astfel prioritate sistemului asupra persoanei, deviind de la liberalism către o doctrină tranzitorie care reproduce toate racilele totalitarismului[15]. Indecizia filosofică face iarăşi ravagii în sfera protecţiei libertăţilor.

Înţeleg dificultatea de a rămâne ataşat principiilor în situaţia unei crize economice globale. Dar înţeleg şi mai bine necesitatea unui astfel de ataşament fundamental, căci nu am uitat aşa de repede că totalitarismele de dreapta din secolul XX s-au impus politic tocmai pe fondul unei astfel de crize. Din cauza acestui tip de ataşament, economiştii nu îi prea iubesc pe jurişti. Când ei se gândesc la sistem, juriştii sunt obligaţi să se gândească la individ. Argumentele economice, cum ar fi restabilirea macro-echilibrelor sau echilibrarea bugetului,

[13]Pentru noţiunea de totalitarism vezi Raymond Aron, Democraţie şi totalitarism, All, Bucureşti, 2001; H. Arendt, Le système totalitaire, Seuil, Paris, 1962 ; Hannah Arendt, Originile totalitarismului, Humanitas, Bucureşti, 1994 ; C. J. Friedrich, Totalitarism, Cambridge, Massachusets, Harvard University Press, 1954; Dan Claudiu Dănişor, Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I – Teoria generală, C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 49-55.

[14]Pentru analiza tendinţei de restrângere excesivă a obiectului controlului de constituţionalitate şi de interpretare greşită a finalităţii acestuia, vezi Dan Claudiu Dănişor, Restrângerea excesivă a obiectului controlului de constituţionalitate prin jurisprudenţa Curţii Constituţionale, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 4/2009, p. 32-37.

[15]Jean-Pierre Le Goff, La Démocratie post-totalitaire, La Découverte, Paris, 2002.

nu ar trebui să aibă nicio relevanţă când e judecată constituţionalitatea restrângerii libertăţilor. Totuşi, C.C. a făcut adesea astfel de transferuri abuzive ale consideraţiilor economice în sfera dreptului. De exemplu, când judeca, înainte de revizuirea Constituţiei în 2003, constituţionalitatea utilizării limbilor minoritare în raport cu egalitatea în drepturi, Curtea susţinea că „ponderile stabilite prin textele legii reprezintă doar criterii pentru acordarea drepturilor (…), avându-se în vedere şi *costurile pe care societatea şi le poate permite*"[16] (s.n.). Cu alte cuvinte, constituţional când nu avem bani, neconstituţional când avem.

În deciziile recente privind salariile şi pensiile[17], C.C.R. face acelaşi lucru: converteşte raţionamente şi noţiuni economice, extrajuridice, în argumente «juridice» care justifică restrângerea exerciţiului libertăţilor. Astfel, „Curtea constată că în expunerea de motive a legii criticate se arată că, potrivit evaluării Comisiei Europene, «activitatea economică a României rămâne slabă» [...] şi că «în condiţiile politicilor curente, ţinta de deficit fiscal pentru 2010 (…) nu va putea fi îndeplinită, din cauza unor deteriorări ale condiţiilor economice, a unor dificultăţi în colectarea veniturilor şi derapajelor pe partea de cheltuieli». În consecinţă, Curtea constată că această ameninţare la adresa stabilităţii economice continuă să se menţină, astfel încât Guvernul este îndrituit să adopte măsuri corespunzătoare pentru combaterea acesteia. Una dintre aceste măsuri este reducerea cheltuielilor bugetare, măsură concretizată, printre altele, în diminuarea cuantumului salariilor/indemnizaţiilor/soldelor cu 25%."[18]. În traducere: dacă guvernul nu este capabil să colecteze veniturile la buget şi să corecteze «derapajele» în cheltuirea banului public, este îndreptăţit să reducă veniturile cetăţenilor pentru a «salva» statul. Analiza necesităţii măsurii, a faptului că ea este intervenţia minim necesară atingerii scopului propus, lipseşte. Cum lipseşte de regulă orice analiză reală a proporţionalităţii în jurisprudenţa C.C.

Nu susţin că dreptul (şi deci C.C.) poate fi total independent de economie.

[16]Decizia nr. 112/2001, publicată în M. Of. nr. 280 din 30 mai 2001.
[17]Vezi nota 5.
[18]Decizia nr. 872/2010, publicată în M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010.

Dar o regulă fundamentală a societăţii liberale şi a statului ce o încadrează este ca bunurile sau puterea obţinute într-o sferă de activitate să nu poată fi convertite într-o altă sferă. „Liberalismul este o lume a zidurilor, scria Walzer, şi fiecare dintre aceste ziduri creează o nouă libertate”[19]. Argumentele economice nu pot fi folosite ca atare în sfera juridicului. Ele trebuie juridicizate. Or, arta acestei juridicizări lipseşte C.C.

Problema nu este superficială. Dimpotrivă, C.C. are o problemă generală de metodă. Iar aceasta se manifestă cel mai pregnant tocmai în domeniul analizei constituţionalităţii restrângerii exerciţiului drepturilor ori libertăţilor. Sigur că judecătorii nu trebuie să fie logicieni. Dar o metodologie juridică de bază trebuie să le fie familiară. Cum zicea Hegel, metoda este chiar sistemul. Aşa că o metodologie carentă duce în cazul C.C. la un sistem dezarticulat de protecţie a persoanelor.

O primă carenţă metodologică este lipsa unei reale analize sistemice a constituţionalităţii restrângerilor. Curtea trece intuitiv direct la analiza uneia dintre condiţii. Lipseşte abordarea în trepte a îndeplinirii condiţiilor restrângerii, potrivit unui sistem coerent[20], cum face de exemplu Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În ultimele decizii cu privire la art. 53C[21], C.C. aminteşte sistemul de analiză, dar aplicarea lui este doar mimată, căci analiza condiţiilor nu are nicio consistenţă.

Definirea juridică a noţiunilor nejuridice utilizate de art. 53(1)C lipseşte în jurisprudenţă. C.C. avea deja o problemă cu «morala publică»[22]. Acum problema se repercutează şi în materia «securităţii naţionale». Curţii i se

[19]Michael Walzer, «Liberalism and the Art of Separation», 1984, in Thinking Politically, Essays in Political Theory, New Haven & London, Yale University Press, 2007, p. 53-55, citat după François Huguenin, op. cit., 2009, p. 56.

[20]Pentru analiza sistemică a condiţiilor restrângerii, vezi D.C. Dănişor, Consideraţii privind reglementarea constituţională a restrângerii exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi, Noua Revistă de Drepturile Omului, nr. 2/2008, p. 3-22.

[21]Vezi supra.

[22]Vezi Decizia nr. 108/1995, publicată în M. Of. nr. 9 din 17 ianuarie 1996. Pentru analiza Deciziei vezi D. C. Dănişor, Constituţia României comentată, Titlul I – Principii generale, Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 58, 74, 83.

impunea, prin motivarea făcută de Guvern şi Legiuitor în cazul legilor privind pensiile şi salariile bugetarilor şi prin motivele sesizării, să analizeze conceptul. Un concept nejuridic, vag, ale cărui contururi neclare şi potenţial de extindere a sferei de cuprindere îl fac extrem de uşor de utilizat abuziv. Un astfel de concept poate îngloba orice. Tocmai acest tip de concept trebuie juridicizat, pentru a deveni normativ, deci pentru a deveni o limită, nu o facilitare a acţiunii guvernanţilor în sensul restrângerii unor drepturi ori libertăţi, aşa cum impune în mod clar Constituţia.

Metoda liberală clasică de juridicizare a conceptelor de acest tip este «proceduralizarea», căci „pentru etica regulilor raţiunea este o facultate care este definită în termeni de procedură"[23]. De exemplu, demnitatea umană nu este definită în abstract şi *a priori*, ci conjunctural şi procedural, în funcţie de tipul de acţiune sau act care tinde să atenteze la ea[24]. La fel, egalitatea nu este substanţială, ci procedurală, adică asigură cadrul procedural de competiţie egală între persoane[25]. Tot astfel, securitatea naţională trebuie juridicizată prin proceduralizare pentru a putea fi judecată în calitate de motiv al restrângerii libertăţii. Iar prima regulă de procedură este că ea nu poate fi invocată ca atare, ci doar pentru a asigura garantarea unei libertăţi fundamentale concret determinate[26]. A doua este că presupusa atingere a securităţii naţionale care justifică restrângerea trebuie să fie o ameninţare directă, concretă şi actuală la adresa acesteia. Cu alte cuvinte, riscul trebuie probat, nu prezumat. Altfel, poate fi considerat periculos pentru securitatea naţională aproape orice. Pe de altă parte, trebuie ca doar invocarea cauzei de restrângere să poată duce la rezultatul urmărit. Adică ea trebuie să fie fundamentul intervenţiei minime în sfera libertăţii necesară atingerii scopului propus. În acest sens, restrângerea este posibilă doar dacă „se **impune** pentru…" [art. 53(1)C]. Proceduralizarea

[23]Charles Taylor, «Le juste et le bien», în Revue de métaphysique et de morale, nr. 1/1988, citat după François Huguenin, op.cit., p. 42.

[24]Vezi Dan Claudiu Dănişor, Valorile supreme ale statului român potrivit Constituţiei României din 1991, Revista Română de Drepturile Omului nr. 28/2004.

[25] Pentru analiza egalităţii vezi Dan Claudiu Dănişor, Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I – Teoria generală, C. H. Beck, Bucureşti, 2007, p.604-620.

[26] Vezi supra.

conceptului înseamnă aici *prioritatea procedurii de alegere* între binele comun şi binele indivizilor faţă de ambele, adică, în termeni liberali, «prioritatea justului asupra binelui». Or, C.C. pare incapabilă să facă această conversie procedurală a noţiunii meta-juridice de «securitate naţională» într-o noţiune juridic validă. De aceea ea admite ca la baza restrângerii exerciţiului drepturilor să stea consideraţii de genul: „în absenţa acestor măsuri, statul ar urma să fie lipsit de sursele de finanţare necesare supravieţuirii sale ca stat de drept şi democratic”[27].

Problema de metodă devine cronică atunci când este interpretată noţiunea de «necesitatea într-o societate democratică». Curtea, de regulă, când nu evită pur şi simplu problema, nu face decât să afirme, fără o argumentaţie juridică reală, că măsura de restrângere nu numai că nu este contrară democraţiei, ci o garantează. De exemplu, în Decizia nr. 872/2010, “Curtea reţine că restrângerea prevăzută de legea criticată este necesară într-o societate democratică tocmai pentru menţinerea democraţiei şi salvgardarea fiinţei statului”. Cum, nu se ştie! Lipsa de metodă reală de analiză face ca instanţa să admită motivări guvernamentale de genul: „măsurile preconizate sunt absolut necesare într-o societate democratică, ţinând cont că, prin aplicarea acestora, se realizează economii la bugetul de stat în valoare de 7.814,9 milioane lei”[28]. Această înţelegere nejuridică a tuturor noţiunilor cheie utilizate de art. 53C este o capcană mortală pentru democraţia liberală incipientă din România.

O a doua problemă de metodă este corelarea defectuoasă a metodelor de interpretare. De exemplu, interpretarea gramaticală şi cea *a rubrica* sunt greşit corelate când, deşi art. 53C protejează textual «drepturile şi libertăţile», C.C.R. afirmă că, deoarece textul este poziţionat în Titlul II al Constituţiei intitulat «Drepturile, libertăţile şi îndatoririle **fundamentale**» (s.n.) el se aplică doar celor prevăzute în acest titlu[29]. Conjuncţia cu interpretarea teleologică, presupunând interpretarea normei în raport de finalitatea sistemului, adică, într-un stat liberal, protecţia persoanelor, este de asemenea defectuoasă, căci,

[27] Decizia 872/2010.
[28] Idem.
[29] De exemplu, Decizia nr. 73/1995, M. Of. nr. 177 din 8 august 1995.

potrivit acestei metode, ar trebui ca instanţa constituţională să opteze pentru interpretarea extensivă, care asigură o protecţie mult mai accentuată a persoanelor, în timp ce ea optează pentru cea restrictivă, diminuând protecţia în numele unei presupuse logici de sistematizare a normelor. De asemenea, C.C.R. afirmă că dacă un text care garantează un drept ori libertate prevede el însuşi condiţii de restrângere, art. 53C nu mai este aplicabil în baza regulii de interpretare potrivit căreia «norma specială derogă de la norma generală». Or această regulă diminuează protecţia constituţională a persoanelor intrând în conflict cu regula potrivit căreia norma trebuie interpretată în sensul maximizării libertăţii individuale, cel puţin cât timp statul vrea să rămână liberal.

Liberalismul (şi presupun ca instanţa noastră constituţională vrea un stat liberal, nu totalitar) acţionează normativ în sensul că nu poate fi schimbată o libertate fundamentală contra unui avantaj economic şi social[30]. Or, datorită lipsei coerenţei filosofice şi metodologice, C.C. admite exact acest lucru atunci când analizează constituţionalitatea prin raportare la art. 53C. Dispoziţia constituţională devine astfel o pârghie a puterii, în loc să fie o frână în calea utilizării arbitrare a acesteia.

[30] John Rawls, La Justice comme équité, Editions La Découverte, Paris, 2003, p. 71.

Capitolul 2. Despre cauzele utilizării excesive a excepţiei de neconstituţionalitate

Curtea Constituţională, este suprasolicitată. Şi chiar dacă modificarea regulilor procedurale în sensul renunţării la suspendarea automată a cauzei afalte pe rolul instanţei ordinare a mai tempearat elanul unor avocaţi de a utiliza excepţia de neconstituţionalitate doar pentru a tergiversa cauza, evoluţia ulterioară probează că suntem în prezenţa unor cauze mai profunde ale excesului recurgerii la contestarea lagilor decât siplele tertipuri procedurale. Ceea ce este preocupant, iar această preocupare m-a îndemnat să scriu aceste rânduri, este numărul mare de cauze care ajung în continuare pe rolul instanţei de contencios constituţional. Calitatea deciziilor Curţii scade datorită acestei supraaglomerări. În acest context, cred că o analiză succintă a cauzelor utilizării excesive a excepţiei de neconstituţionalitate ar fi utilă.

Prima cauză a numărului mare de excepţii este slaba calitate a legilor. Acestea sunt de multe ori atât de defectuos redactate şi coordonate în sistem încât devin greu de înţeles chiar şi pentru specialişti. Persoanele fără instrucţie juridică sunt de multe ori puse în situaţia de a nu putea prevedea în mod rezonabil ce se cere de la ele prin acest sistem legislativ stufos şi extrem de mobil, ceea ce le îndemnă să-i conteste constituţionalitatea. Cauza este una veche: utilizarea legiferării ca pe un spectacol politic. Nu se legiferează pentru că legile sunt necesare, ci pentru că, legiferând, legiuitorii sunt mediatizaţi. Presa contribuie inconştient la amplificarea procesului de legiferare, cerând legi pentru orice situaţie aparent neîncadrată normativ, afectând calitatea legilor şi a sistemului juridic. Soluţia nu poate veni nici dinspre legiuitori, nici dinspre presă, ci chiar de la Curtea Constituţională. Ea ar putea să tempereze legiferarea şi să îi oblige pe legiuitori să amelioreze calitatea legilor, făcând o aplicaţie reală a normei constituţionale care dispune că România este stat de drept.

Impunând statul de drept, prin art. 1(3), Constituţia impune o anumită calitate a dreptului şi o previzibilitate a schimbărilor sistemului normativ. Aplicarea reală a acestor prevederi ar duce în primul rând la controlul clarităţii dreptului, eliminând din sistem acele norme care prin neclaritatea lor devin imprevizibile, în sensul că nu pot fi în mod rezonabil înţelese de către cetăţeni, în ele însele sau datorită necoordonării cu celelalte norme ale sistemului. În al doilea rând, impunerea de către Curtea Constituţională a statului de drept ar presupune controlul previzibilităţii constrângerii şi eliminarea pentru

neconstituţionalitate a legilor care încalcă principiul încrederii legitime a persoanelor în continuitatea acţiunii statului[1].

Instanţa noastră constituţională a refuzat să facă aplicaţia acestor două aspecte ale statului de drept, dispunând în mod constant, pe de o parte, că ea nu poate controla calitatea redactării normelor, nici lipsa lor de coordonare în sistem şi, pe de altă parte, reducând principiul securităţii juridice a cetăţenilor la interzicerea legilor retroactive, considerând că impunerea unor schimbări normative pentru viitor este o problemă de oportunitate legislativă, de competenţa exclusivă a Parlamentului. Procedând astfel, Curtea refuză să dea vreo consistenţă normei constituţionale privind statul de drept şi îndeamnă la multiplicarea sesizărilor pe calea excepţiei.

Schimbarea excesiv de rapidă a sistemului legislativ este cauzată de o credinţă cvasi-generalizată în faptul că orice disfuncţie socială trebuie să atragă după sine schimbarea legilor. În fapt, de regulă, cauza disfuncţionalităţilor este aplicarea defectuoasă a legilor în vigoare. Curtea Constituţională ar putea interveni şi în acest punct, dar nu o face. Ea refuză să controleze o practică constantă de aplicare defectuoasă a legii, considerând că este rolul Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie să corecteze o astfel de practică. Chiar dacă acest lucru este de regulă adevărat, trebuie remarcat totuşi că o practică constantă de interpretare a legii, judiciară sau administrativă, care restrânge exerciţiul unor drepturi ori libertăţi fundamentale este neconstituţională, nu doar nelegală, odată ce art. 53C stabileşte că restrângerea exerciţiului unor drepturi sau libertăţi poate fi făcută numai prin lege[2]. Dacă jurisprudenţa sau practica administrativă operează o astfel de restrângere, ea este neconstituţională. Curtea Constituţională este cea care trebuie să verifice dacă restrângerea este făcută prin lege şi să declare neconstituţională orice practică, dacă ea operează o restrângere în afara cadrului art. 53C. De fapt însă, Curtea nu a dezvoltat încă un sistem de aplicare coerentă a dispoziţiei constituţionale privind restrângerea

---

1) Pentru amănunte, v. D. C. Dănişor, *Drept constituţional şi instituţii politice*, vol. I, *Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007.

2) Asupra inaplicabilităţii jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului în cazul noţiunii de lege utilizată de art. 53 din Constituţie vezi D. C. Dănişor, *Reglementarea constituţională a restrângerii unor drepturi sau a unor libertăţi*, Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2008.

exerciţiului unor drepturi ori libertăţi.

Utilizarea abuzivă a ordonanţelor de urgenţă este o altă cauză a multiplicării sesizărilor Curţii Constituţionale. În primul rând, lipsa controlului preventiv în cazul acestui tip de acte normative de natură legislativă face ca sesizarea pe calea excepţiei să fie mai deasă. Ar putea exista mai multe soluţii pentru viitor: eliminarea posibilităţii de a emite astfel de ordonanţe ar fi cea mai radicală. Instituirea unui control de constituţionalitate preventiv ar fi de asemenea o soluţie viabilă. După părerea mea, o soluţie ar putea fi şi calificarea ordonanţelor ca acte administrative până la aprobarea lor de către Parlament, ceea ce ar deschide calea unui control al acestor acte realizat de către instanţele de contencios administrativ şi ar conduce la degrevarea Curţii Constituţionale. Totuşi, aceste soluţii presupun revizuirea Constituţiei şi, cum am afirmat cu altă ocazie[3], această revizuire nu este de dorit în acest moment.

În starea actuală a sistemului constituţional românesc, temperarea activităţii legislative a Guvernului ar putea fi făcută prin reconsiderarea jurisprudenţei Curţii Constituţionale care permite ca aceste ordonanţe să intervină în domeniul rezervat legilor organice, prin consolidarea jurisprudenţei incipiente a Curţii care declară nevalide (neconstituţionale extrinsec) ordonanţele de urgenţă care afectează regimul unor drepturi sau libertăţi fundamentale şi printr-un control real al urgenţei ordonanţelor. Acest din urmă aspect este deosebit de important şi poate fi tratat prin modificarea Legii 47/1992, fără revizuirea Constituţiei. Acum, în lipsa unui control *a priori*, urgenţa nu poate fi în mod real controlată, căci pe cale de excepţie trebuie invocate motive de neconstituţionalitate a normelor din ordonanţa de urgenţă de care depinde soluţionarea cauzei aflate pe rolul instanţei ordinare, neputând fi contestată de către părţi urgenţa acestei reglementări. Obligaţia de a motiva urgenţa este fără sancţiune în acest moment. O astfel de sancţiune s-ar impune.

O altă cauză a apelului excesiv la instanţa constituţională este timiditatea instanţelor ordinare în materia contenciosului de convenţionalitate. Instanţele sunt obligate de art. 20 din Constituţie să verifice conformitatea legilor cu

---

[3)] Vezi D. C. Dănişor, *Despre cauzele şi soluţiile impasului sistemului constituţional românesc*, Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2009.

tratatele internaţionale privind drepturi omului la care România este parte şi, în caz de contradicţie între aceste norme, să aplice cu prioritate dispoziţiile din tratate, cu excepţia situaţiei în care legile cuprind dispoziţii mai favorabile. Subliniem că acest control, numit de convenţionalitate, este de competenţa instanţelor ordinare şi că el este o obligaţie, nu o facultate a acestor instanţe. Curtea Constituţională a afirmat această competenţă a instanţelor judiciare de nenumărate ori.

Cauzele timidităţii acestui control realizat de instanţele ordinare sunt multiple. În primul rând, lipsa unei pregătiri juridice iniţiale adecvate în materia drepturilor omului, care este datorată faptului că învăţământul juridic superior din România nu acordă decât o importanţă marginală acestui domeniu. Astfel, drepturile şi libertăţile fundamentale sunt studiate de regulă odată cu dreptul constituţional şi instituţiile politice, numărul de ore alocate temei fiind în general foarte scăzut, în anul I de studiu, când studentul nu are cunoştinţele necesare înţelegerii reale a acestei problematici extrem de complexe, care implică multe cunoştinţe de procedură şi de drept substanţial, pe care studenţii le dobândesc abia în anii superiori. Facultăţile oferă, de regulă în anul III, doar un curs de protecţie internaţională a drepturilor omului, care este mai mult o înşiruire de convenţii internaţionale decât o analiză a conţinutului drepturilor şi libertăţilor reglementate de acestea. Din informaţiile pe care le deţinem, doar Facultatea de Drept a Universităţii din Craiova oferă un curs de libertăţi fundamentale în anul IV de studii. Inconsistenţa masteratelor pe care facultăţile de drept le oferă şi interesul scăzut pentru acestea, datorat nelegării unor consecinţe concrete privind accesul în profesie de diploma de master, precum şi perpetuării ideii că juristul care ştie civil, penal şi proceduri ştie drept, face din disciplinele mai nou intrate în programul facultăţilor discipline marginale. În aceste condiţii, masteratele în drepturile omului sunt puţine, slab frecventate şi percepute ca marginale, fără importanţă practică pentru jurişti. Pregătirea continuă a magistraţilor este la rândul ei inconsistentă în materia drepturilor omului. Or, fără conştientizarea problemelor şi fără o pregătire asiduă a magistraţilor în materia drepturilor omului este greu de crezut că aceştia vor face un control de convenţionalitate consistent.

În al doilea rând, atacarea constantă a instanţelor ordinare de către clasa

politică şi de către mass-media face ca acestea să fie timorate atunci când li se cere să controleze legiferarea. Justiţia este prezentată în bloc ca fiind coruptă, ineficientă, lipsită de popularitate ... Este greu de înţeles de ce generalizăm unele probleme reale, afectând imaginea unui întreg corp profesional, dar acest fenomen există şi nu face bine nimănui. În aceste condiţii, instanţele trimit aproape orice problemă de convenţionalitate Curţii Constituţionale, mai ale atunci când această problemă este dublată de una de constituţionalitate.

O altă cauză a aglomerării rolului instanţei constituţionale este faptul că instanţele ordinare nu îşi îndeplinesc rolul de filtrare a excepţiilor de neconstituţionalitate şi nu impun deciziile Curţii. Astfel, Curtea este sesizată şi cu privire la norme neincidente în cauză şi atunci când s-a mai pronunţat constatând neconstituţionalitatea şi, de foarte multe ori, atunci când s-a pronunţat constant constatând constituţionalitatea, iar motivele de neconstituţionalitate invocate sunt aceleaşi cu cele cu privire la care Curtea s-a mai pronunţat constant. Poate că în acest ultim caz ar trebui să fie operată o modificare a Legii nr. 47/1992.

Dar există şi un alt tip de filtrare pe care instanţele ordinare pot să o facă. Este vorba de impunerea deciziilor de neconstituţionalitate pronunţate de Curte. Rolul lor este major în acest domeniu[4]. În cazul controlului *a posteriori*, efectele deciziilor Curţii Constituţionale par dramatice. Totuşi, ele sunt inexistente fără o intervenţie decisă a instanţelor ordinare. Astfel, art. 147(1)C afirmă că „dispoziţiile din legile şi ordonanţele în vigoare, precum şi cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituţionale, îşi încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii Constituţionale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei".

Ceea ce se petrece de fapt este intrarea într-un cerc vicios, pentru că legiuitorul sau Guvernul nu fac de multe ori decât să mimeze punerea de acord impusă de art. 147C sau să nu respecte termenul impus în mod imperativ, ceea ce determină o nouă excepţie, de fapt cu acelaşi obiect, deci o nouă decizie, care

---

[4)] Vezi D. C. Dănişor, *Impunerea deciziilor Curţii Constituţionale – o problemă a instanţelor ordinare*, în C. Jud. nr. 6/2009.

creează efectul obligării de apune de acord dispoziţia neconstituţională cu Constituţia, o nouă mimare, o nouă excepţie şi aşa mai departe. Deciziile Curţii Constituţionale sunt cu adevărat general obligatorii doar dacă instanţele ordinare vor înţelege ce rol au în cadrul controlului de constituţionalitate, adică impunerea acestora pentru a rupe cercul vicios schiţat mai sus. Unul dintre efectele înţelegerii faptului că impunere adeciziilor C.C. este o problemă de competenţa instanţelor ordinare, pe care o vom relua mai jos[5], ar fi cu siguranţă reducerea numărului excepţiilor de neconstituţionalitate care ajung pe rolul Curţii Constituţionale.

O altă cauză a numărului mare de excepţii de neconstituţionalitate este slaba argumentare a acestora de către părţile care le ridică. De multe ori Curtea nu poate constata neconstituţionalitatea pentru că ea nu este competentă să se pronunţe din oficiu şi deci nu poate decide cu privire la alte motive decât cele invocate în excepţie. Totuşi, trebuie remarcat că sesizarea Curţii se face prin încheierea de şedinţă a instanţei ordinare şi că în această încheiere sunt consemnate părerile părţilor şi ale instanţei. Instanţele ar putea să determine un plus de calitate a motivărilor excepţiilor, cerând precizări părţilor sau invocând ele însele motive de neconstituţionalitate, când consideră ele însele că norma este neconstituţională.

În concluzie, deşi posibilitatea tergiversării cauzelor a fost eliminată, C.C. are în continuare un rol încărcat, ceea ce conduce la o jurisprudenţă pripită şi prea adesea succint motivată. Nu trebuie uitat că instanţa specială numără doar nouă judecători (şi un aparat de sprijin al acestora destul de puţin dezvoltat), cărora nu li se poate pretinde să fie supraoameni.

5

Capitolul 3. Restrângerea excesivă a obiectului controlului de constituţionalitate prin jurisprudenţa Curţii Constituţionale

Jurisprudenţa Curţii Constituţionale reia constant câteva considerente care au efecte decisive asupra obiectului controlului de constituţionalitate: Curtea nu poate controla constituţionalitatea actelor normative infralegislative[1)], ea nu a analizat niciodată jurisprudenţa general obligatorie, căci aceasta nu este, în optica tradiţională, considerată izvor de drept, nu poate controla nici modul în care este interpretată norma a cărei constituţionalitate este contestată, chiar dacă această interpretare este constantă în jurisprudenţă[2)], nu poate controla o normă care nu mai este în vigoare la data controlului[3)] şi nici omisiunile legiuitorului[4)]. Ceea ce îmi propun în această parte a lucrării este să nuanţez aceste afirmaţii, având în vedere problemele de constituţionalitate ridicate de acest tip de înţelegere a sferei actelor care pot face obiectul controlului de constituţionalitate.

Această înţelegere a sferei controlului pare tributară unei concepţii aparte asupra ierarhiei normative, rolului jurisprudenţei în sistemul juridic, combinării nefericite a metodelor de interpretare şi înţelegerii trunchiate a problemei lacunelor sistemului legislativ.

În ce priveşte prima problemă, sistemul nostru constituţional pare să opteze pentru o înţelegere a ierarhiei normative conform căreia validarea fiecărei norme juridice este făcută prin raportarea sa doar la norma imediat superioară în ierarhia normativă. Ca o consecinţă, Curtea Constituţională controlează constituţionalitatea actelor de natură legislativă: legi şi ordonanţe ale guvernului, dar nu controlează constituţionalitatea actelor administrative normative ale guvernului: hotărârile, care sunt controlate doar din punctul de

---

[1)] Pentru critica acestei poziţii, v.: D. C. Dănişor, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Ed. Ştiinţifică, Bucureşti, 1997, pp. 204-205; D. C. Dănişor, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, pp. 688-689.

[2)] V., de exemplu, Dec. nr. 484 din 2 aprilie 2009, publicată în M. Of. nr. 289 din 4 mai 2009, Notă D. C. Dănişor, în RRRDJ nr. 3/2009.

[3)] V., de exemplu, Dec. nr. 514 din 9 aprilie 2009, publicată în M. Of. nr. 373 din 3 iunie 2009, Notă D. C. Dănişor, în RRDJ nr. 3/2009.

[4)] V., de exemplu, Dec. nr. 420 din 26 martie 2009, publicată în M. Of. nr. 274 din 28 aprilie 2009, Notă D. C. Dănişor, în RRDJ nr. 3/2009.

vedere al legalităţii lor, competenţa de control aparţinând instanţelor ordinare.

Trebuie remarcat că acest tip de înţelegere a ierarhiei normative nu este singurul posibil. Există sisteme constituţionale europene în care toate actele normative sunt direct raportate la dispoziţiile constituţionale şi deci sunt controlabile din punctul de vedere al constituţionalităţii lor[5)]. În aceste sisteme constituţia validează direct toată ordinea juridică. Mai mult, uneori actele de aplicare individuale pot fi neconstituţionale şi deci supuse la rândul lor controlului instanţei de contencios constituţional[6)].

De regulă, acest ultim tip de înţelegere a sferei controlului de constituţionalitate este datorată unei distincţii a contenciosului constituţional al normelor de contenciosul constituţional al libertăţilor[7)]. Prima formă de control are ca finalitate eliminarea din sistemul normelor juridice a normelor neconstituţionale; cea de a doua formă are ca finalitate protecţia efectivă a drepturilor şi libertăţilor.

La întrebarea dacă sistemul nostru constituţional admite controlul actelor normative calificate ca infralegislative Curtea Constituţională a răspuns categoric negativ[8)]. De fiecare dată când a fost sesizată pentru a controla constituţionalitatea unei hotărâri a guvernului ea a decis că aceasta nu poate fi raportată la Constituţie, putând fi controlată doar prin raportare la lege. Deci ea optează clar pentru înţelegerea ierarhiei normative care operează o validare în trepte. Şi în principiu are dreptate, dacă luăm în considerare interpretarea tipică a normelor constituţionale în vigoare.

Totuşi, această regulă comportă unele nuanţări. Ea este valabilă dacă înţelegem noţiunea de „lege" într-un mod organicist: legea este actul normativ

---

5) D. C. Dănişor, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 690.

6) Pentru o viziune comparativă asupra problemei, v. Allan R. Brewer-Carias, *Etude de droit public comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2001; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1998.

7) D. C. Dănişor, *Drept constituţional şi instituţii politice*, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, pp. 685-704.

8) V., de exemplu, Dec. nr. 87 din 4 mai 2000, publicată în M. Of. nr. 328 din 14 iulie 2000; Dec. nr. 95 din 23 octombrie 1995, publicată în M. Of. nr. 287 din 11 decembrie 1995.

adoptat de Parlament într-o formă constituţional prescrisă şi promulgat de Preşedintele României. Din punctul meu de vedere, conceptul de „lege" trebuie definit prin raportare la funcţia exercitată prin normare şi nu prin raportare la organul emitent. De altfel, Constituţia însăşi consideră ordonanţele ca acte de natură legislativă, odată ce sunt controlabile din punctul de vedere al constituţionalităţii lor, deşi sunt adoptate de Guvern, nu de Parlament şi nu sunt supuse promulgării. Astfel, dacă un act este emis în exercitarea funcţiei legislative el este de natură legislativă, indiferent cine îl adoptă şi ce denumire poartă. Este un act de natură legislativă orice act normativ care reglementează primar un domeniu, modifică o astfel de reglementare sau îi oferă o interpretare general obligatorie.

Dacă operăm cu o astfel de definiţie, atunci jurisprudenţa Curţii Constituţionale care afirmă că niciodată o hotărâre a Guvernului nu poate fi controlată din punctul de vedere al constituţionalităţii sale trebuie nuanţată: o hotărâre a Guvernului poate fi neconstituţională dacă sub această denumire se ascunde un act de natură legislativă. Desigur că o astfel de extindere a competenţei Guvernului în detrimentul celei a Parlamentului poate da naştere unui conflict juridic de natură constituţională între autorităţile publice, a cărui soluţionare este, ca urmare a revizuirii constituţionale din 2003, în competenţa Curţii Constituţionale. Soluţionarea unui astfel de conflict în favoarea Parlamentului are ca efect, în mod cert, declararea ca neconstituţional a actului Guvernului pentru că acesta încalcă competenţa *de legiferare* a Parlamentului, fiind deci de natură legislativă. Sistemul constituţional românesc admite astfel că un act poate fi, în conformitate cu categoria formală în care îl include denumirea utilizată de emitentul său, de natură infralegislativă şi, în conformitate cu funcţia reală exercitată de acest emitent prin intermediul său, de natură legislativă.

În lipsa unei sesizări pe calea jurisdicţionalizării unui conflict juridic de natură constituţională între autorităţile publice, încălcarea principiului constituţional al separaţiei puterilor în stat prin emiterea unui astfel de act poate atrage un control al Curţii Constituţionale dacă este sesizată pe calea excepţiei de neconstituţionalitate. Controlul respectării separaţiei puterilor poate fi făcut

pe această cale conform jurisprudenţei Curţii Constituţionale[9)], aceasta decizând pe calea excepţiei, în baza principiului, chiar atunci când el nu fusese constituţionalizat în mod formal[10)]. Denumirea actului normativ nu contează în judecarea conformităţii lui cu principiul constituţional al separaţiei puterilor, contând doar funcţia în mod real exercitată prin intermediul lui de către organul emitent. De altfel, aceasta este esenţa încălcării principiului. Deci, dacă în cazul unei hotărâri a Guvernului Curtea constată că prin intermediul ei executivul face un exerciţiu al funcţiei legislative, atunci actul normativ este neconstituţional şi poate fi controlat în mod categoric de către Curtea Constituţională.

O a doua problemă de aceeaşi natură, care are impact asupra obiectului controlului de constituţionalitate este rezultatul înţelegerii tradiţionale a rolului jurisprudenţei în sistemele de drept europene continentale. Este un loc comun în teoria juridică din aceste sisteme afirmarea faptului că jurisprudenţa nu este izvor de drept, că nu este normativă. Această afirmaţie nu mai este întru totul adevărată, existând o puternică mişcare de normativizare a unor tipuri de hotărâri judiciare sub impulsul unui proces de „americanizare”[11)] a dreptului. Sistemul românesc nu scapă de această influenţă. Astfel, în domeniul care ne interesează în acest studiu, legiuitorul a conferit hotărârilor Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie pronunţate în recursul în interesul legii caracter obligatoriu pentru instanţele de judecată.

Am afirmat mai sus că un act care interpretează o normă primară şi care este general obligatoriu este un act care este emis în exercitarea funcţiei legislative, deci controlabil din punctul de vedere al constituţionalităţii lui. De altfel, este un loc comun în teoria dreptului că interpretarea autentică a unei legi este făcută prin lege. Dacă legiuitorul transmite competenţa de interpretare

---

9) V., de exemplu, Dec. nr. 463/2004, publicată în M. Of. nr. 43 din 19 ianuarie 2004; pentru o analiză detaliată a jurisprudenţei Curţii Constituţionale în materie, v. D. C. Dănişor, *Constituţia României comentată, Titlul I. Principii generale*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009, pp. 92-99.

10) Dec. nr. 209/1999, publicată în M. Of. nr. 76 din 21 februarie 2000.

11) *L'américanisation du droit, Archives de philosophie du droit nr. 45*, dir. François Terré, Dalloz, Paris, 2001.

autentică a unei legi către un alt organ, atunci acea autoritate exercită, făcând interpretare autentică, o funcţie a legiuitorului: funcţia legislativă. Astfel, dacă legiuitorul a dat Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie competenţa de a interpreta legile prin hotărârile pronunţate în interesul acestora, iar aceste hotărâri sunt obligatorii pentru instanţe, iar instanţele au competenţa generală de a controla actele administrative şi de a soluţiona toate conflictele juridice, atunci hotărârile interpretative ale Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie sunt general obligatorii şi deci interpretarea Curţii este autentică, deci făcută în exercitarea funcţiei legislative, nu a celei jurisdicţionale. Ca urmare, Curtea Constituţională ar putea controla constituţionalitatea acestor hotărâri, dacă interpretează, în sensul arătat, noţiunea de lege utilizată de art. 146 din Constituţie.

Desigur, obiecţii faţă de acest punct de vedere, întemeiate pe interpretarea strictă şi organicistă a noţiunii de „lege", vor exista şi sunt firești. Eu nu fac decât să mă întreb care dintre interpretări conduce la o mai eficientă apărare a drepturilor şi libertăţilor fundamentale, iar răspunsul îmi pare evident: cea care operează un control asupra unui instrument de posibilă limitare a exerciţiului acestor drepturi şi libertăţi.

Trec astfel la următorul punct al analizei: dacă o practică judiciară sau administrativă constantă este controlabilă din punctul de vedere al constituţionalităţii ei. Răspunsul Curţii Constituţionale este că nu. Eu cred că şi acest aspect al jurisprudenţei instanţei constituţionale trebuie nuanţat. Mă bazez pe o dispoziţie expresă a Constituţiei României: art. 53(1)[12)]. Conforma acestei dispoziţii constituţionale, restrângerea exerciţiului unor drepturi sau libertăţi poate fi făcută numai prin lege. *A contrario*, dacă restrângerea este făcută într-un alt mod decât prin lege, ea este contrară Constituţiei. Competenţa de a decide dacă un alt tip de act sau măsură a statului operează o restrângere a exerciţiului unui drept sau libertăţi aparţine Curţii Constituţionale. Astfel, instanţa constituţională nu numai că este abilitată, ea este obligată să decidă dacă o practică uniformă a organelor statului constituie o măsură de restrângere a exerciţiului unor drepturi sau libertăţi şi deci dacă este contrară, în cazul unui

[12)] D. C. Dănişor, *Reglementarea constituţională a restrângerii unor drepturi sau a unor libertăţi*, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2008.

răspuns afirmativ, art. 53C. Este clar că termenul «măsură» utilizat de art. 53 nu se rezumă la înţelesul de act normativ: el cuprinde orice tip de act sau fapt juridic provenind de la organele statului.

O altă problemă de determinare a sferei actelor controlate de către Curtea Constituţională se datorează modului în care aceasta înţelege să interpreteze norma constituţională care reglementează efectele deciziilor Curţii, care se referă la legile şi ordonanţele „în vigoare" şi interpretării art. 29(1) din Legea nr. 47/1992 conform căruia „Curtea Constituţională decide asupra excepţiilor ridicate în faţa instanţelor judecătoreşti sau de arbitraj comercial privind neconstituţionalitatea unei legi sau ordonanţe ori a unei dispoziţii dintr-o lege sau dintr-o ordonanţă în vigoare, care are legătură cu soluţionarea cauzei în orice fază a litigiului şi oricare ar fi obiectul acestuia". Astfel, Curtea afirma că „în ceea ce priveşte art. 94 alin. (1) lit. a) şi b) şi art. 96 alin. (1) din Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 195/2002 privind circulaţia pe drumurile publice, abrogate la data sesizării Curţii cu excepţia de neconstituţionalitate invocată în cauză, precum şi art. 96 alin. (2) lit. f) din aceeaşi ordonanţă de urgenţă, abrogat prin Ordonanţa de urgenţă a Guvernului nr. 69 din 28 iunie 2007, Curtea constată incidenţa dispoziţiilor art. 29 alin. (1) şi (6) din Legea nr. 47/1992, potrivit cărora nu pot face obiectul excepţiei de neconstituţionalitate decât dispoziţii din legi sau ordonanţe în vigoare. Ca urmare, excepţia de neconstituţionalitate a acestor texte legale este inadmisibilă"[13)].

Curtea consideră, făcând o interpretare gramaticală a legii, că doar legile şi ordonanţele în vigoare la data controlului de constituţionalitate pot face obiectul acestuia. Această interpretare literală este prea restrictivă. Ea trebuie completată cu una sistemică şi teleologică. Mai întâi, trebuie remarcat că textele invocate sunt redactate în acest mod pentru a face distincţia între controlul *a priori,* făcut înainte ca legea să intre în vigoare şi controlul *a posteriori*, operat după ce legea a intrat în vigoare şi nu pentru a distinge între controlul unei legi în vigoare şi controlul unei legi care a ieşit din vigoare.

Pe de altă parte, finalitatea controlului de constituţionalitate în varianta

---

[13)] V., de exemplu, Dec. nr. 514 din 9 aprilie 2009, publicată în M. Of. nr. 373 din 3 iunie 2009, Notă D. C. Dănişor, în RRDJ nr. 3/2009.

excepţiei de neconstituţionalitate este nu doar asanarea sistemului normativ prin eliminarea normelor neconstituţionale, ci şi protecţia efectivă a drepturilor şi libertăţilor fundamentale prin limitarea puterii legislative a statului. Or, o normă de natură legislativă poate afecta un drept sau o libertate cât este în vigoare şi poate ieşi din vigoare până la data controlării ei efective de către Curtea Constituţională. A nu o mai controla, pentru că nu mai este în vigoare la această dată nu ridică nicio problemă din punctul de vedere al realizării primei finalităţi a controlului de constituţionalitate: norma este deja eliminată din sistem prin abrogare. Dar acest mod de a proceda nu răspunde îndeplinirii celeilalte finalităţi a controlului: protecţia efectivă a drepturilor şi libertăţilor, căci acestea au fost deja eventual afectate de lege atât timp cât era în vigoare.

Dacă admitem că protecţia efectivă a drepturilor şi libertăţilor fundamentale este o finalitate a controlului de constituţionalitate, atunci trebuie să înţelegem prin lege sau ordonanţă în vigoare acel act care era în vigoare la data producerii situaţiei juridice dedusă judecăţii instanţei ordinare sau de arbitraj. Faptul că norma nu mai este în vigoare la data controlului de constituţionalitate nu are, din acest punct de vedere, nicio relevanţă, atât timp cât legea nouă nu retroactivează şi instanţa trebuie să soluţioneze cauza conform legii vechi, în vigoare la data producerii situaţiei juridice.

În fine, o altă limitare constantă a obiectului controlului de constituţionalitate rezultă din jurisprudenţa Curţii Constituţionale care afirmă că ea nu poate controla omisiunile legiuitorului[14)]. Totuşi, acest considerent de principiu poate comporta unele atenuări. Astfel, când Constituţia impune o obligaţie pozitivă de reglementare legiuitorului, atunci omisiunea de a reglementa, după ce de la data adoptării Constituţiei a trecut un termen rezonabil în care legiuitorul ar fi putut-o face, constituie o încălcare a Constituţiei care poate afecta drepturile şi libertăţile fundamentale. De asemenea, când, deşi există o lege care reglementează un domeniu al relaţiilor sociale, omisiunea reglementării unui anumit aspect al acestora afectează prin ea însăşi un drept sau o libertate fundamentală, chiar dacă nu există o obligaţie

[14)] V., de exemplu, Dec. nr. 420 din 26 martie 2009, publicată în M. Of. nr. 274 din 28 aprilie 2009, Notă D. C. Dănişor, în RRDJ nr. 3/2009.

pozitivă de reglementare, legiuitorul încalcă dispoziţiile constituţionale.

În cazul analizat de Curtea Constituţională în Decizia amintită mai sus, posibilitatea prelungirii arestării preventive în faza de judecată pentru un termen nedefinit, chiar dacă această prelungire este verificată de o instanţă de judecată din cel mult 60 în 60 de zile, nu constituie o garanţie suficientă a libertăţii şi siguranţei persoanei. Este adevărat că persoana arestată preventiv este eliberată dacă nu a intervenit o hotărâre de condamnare în primă instanţă, iar arestarea preventivă a atins jumătatea maximului prevăzut de lege pentru infracţiunea săvârşită, dar această limită nu priveşte durata maximă a arestării preventive în faza de judecată şi oricum este disproporţionat de mare, mai ales în condiţiile unei politici penale aberante care a dus la creşterea pedepselor. Astfel, pentru un furt calificat durata maximă a arestării preventive până la intervenirea unei hotărâri de condamnare în primă instanţă este de şapte ani şi jumătate.

De fapt, lacuna poate fi imputată chiar Constituţiei, căci aceasta ar fi trebuit să prevadă, pe lângă termenul rezonabil şi durata maximă a arestării preventive în faza urmăririi penale, aceleaşi exigenţe şi pentru faza de judecată, chiar dacă altfel cuantificate.

În plus, reamintim că instanţa constituţională a decis uneori că lipsa unei protecţii adecvate a unui drept fundamental, chiar a unei valori supreme, atrage neconstituţionalitatea normelor de abrogare a protecţie ce exista înaintea acestei abrogări, de exemplu atunci când decide că abrogarea dispoziţiilor din Codul penal privind insulta şi calomnia şi insuficienţa normelor civile care protejează demnitatea persoanei este neconstituţională[15)].

Vedem aşadar că jurisprudenţa Curţii Constituţionale operează, prin utilizarea unor metode de interpretare prea puţin elaborate, o restrângere nejustificată a propriei competenţe, cu efecte posibil nefaste în privinţa protecţiei efective a drepturilor şi libertăţilor fundamentale. Or, este clar că această protecţie este de fapt dezideratul primordial al oricărui sistem juridic democratic şi că orice control de constituţionalitate are ca scop final tocmai protejarea libertăţii.

---

15) Dec. nr. 62 din 18 ianuarie 2007, publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007, comentariu D. C. Dănişor, S. Răduleţu, în C.Jud. nr. 5/2007.

Capitolul 4. Înţelegerea greşită a competenţei exclusive a Curţii Constituţionale în materia contenciosului constituţional

În România, una dintre cele mai mari neînţelegeri în domeniul contenciosului constituţional este pretenţia dezvoltată de Curtea Constituţională, mai degrabă nevrotic decât strategic, de a avea competenţa exclusivă în exercitarea atribuţiilor prin care se realizează justiţia constituţională. Voi încerca să lămuresc această neînţelegere.

Este posibilă o explicaţie istorică a acestei tentative de posedare egoistă a monopolului asupra oricărui tip de contencios constituţional, căci Curtea nu poate să uite că ea este grefată în România pe o tradiţie care acorda instanţelor de drept comun competenţa în materia contenciosului constituţional. Dar această problemă ne va ocupa cu altă ocazie.

Această pretenţie de exclusivitate este susţinută, cu o frenezie demnă de o cauză mai bună, de doctrina juridică autohtonă, atât datorită unei obişnuinţe de conformare faţă de tendinţele dominante din jurisprudenţă, conformare cu grijă predată la toate nivelurile învăţământului juridic românesc, cât şi datorită unei prea mari influenţe a culturii juridice franceze, împinsă până la imitarea pură şi simplă a dominantelor doctrinei din Hexagon, fără ca nuanţele acesteia să fie prea clar receptate.

Argumentele normative aduse în sprijinul acestei viziuni reducţioniste în domeniul contenciosului constituţional sunt extrase din interpretarea art. 142 - art. 147 din Constituţie, când nu sunt o transpunere neargumentată a interpretărilor doctrinare ale Constituţiei Franţei, într-un sens care acordă exclusivitate Curţii în toată sfera contenciosului constituţional, deşi această interpretare este doar una dintre interpretările posibile. Nu există nimic intrinsec textelor constituţionale care să împiedice o interpretare diferită, în sensul partajării atribuţiilor de justiţie constituţională între Curte şi instanţele ordinare. De fapt, teoria reducţionistă este postulată, iar argumentele împotriva ei sunt respinse înaintea unei reale analize.

De exemplu, din formularea art. 142(1)C - „Curtea Constituţională este garantul supremaţiei Constituţiei” – s-a extras, printr-o interpretare care pretinde că e unica posibilă, exclusivitatea competenţei Curţii în impunerea Constituţiei. Dar nimic intrinsec textului nu împiedică o interpretare extensivă. De exemplu, în sensul că celelalte instanţe sunt garanţii libertăţilor individuale. Dacă admitem o astfel de interpretare alternativă, instanţa specială are, poate,

exclusivitatea contenciosului constituţional al normelor, dar nu exclusivitatea contenciosului constituţional al libertăţilor. De fapt, acest text este perfect compatibil, în viziunea Adunării Constituante, cu cel al art. 80(2)C, care dispune că „Preşedintele României veghează la respectarea Constituţiei". Competenţa Curţii nu exclude deci, în optica generală a Constituantului, competenţa unui alt organ în impunerea sau interpretarea Constituţiei.

Ceea ce vreau deci să dezvolt în acest capitol al lucrării este o interpretare mai flexibilă a sistemului constituţional în materia acordării competenţelor de justiţie constituţională. Doresc să arăt că doar în materia contenciosului de conformitate a normelor Curtea Constituţională are competenţă exclusivă - şi doar în sensul că este singura care poate declanşa eliminarea normei neconstituţionale din sistem. Ea nu poate avea exclusivitate asupra contenciosului de validitate a acestora, nu poate pretinde a fi singura instanţă care poate aplica sau interpreta Constituţia pentru a garanta respectarea drepturilor sau libertăţilor persoanelor şi nu are în mod cert exclusivitate asupra contenciosului constituţional al instituţiilor.

Pentru aceasta, voi începe prin a detecta cauzele care fac dominantă viziunea reducţionistă în atribuirea competenţelor de justiţie constituţională. În opinia mea, trei categorii de factori concură la această reducere a instituţiilor care pot face justiţie constituţională şi aceşti factori pot fi subsumaţi definirii sumare a noţiunilor cheie în atribuirea competenţelor de justiţie constituţională: definirea defectuoasă a sistemului normativ ierarhizat, greşita fundamentare meta-juridică a noţiunii de constituţie şi înţelegerea reducţionistă a noţiunii de justiţie constituţională.

Secţiunea 1. Definirea sumară a noţiunilor cheie în atribuirea competenţelor de justiţie constituţională

Problema definiţiilor ce se pretind juridice, dar care nu definesc nimic din punctul de vedere numit «juridic» este una endemică în România. Pentru că această viziune particulară, cea juridică, pare să fie străină culturii noastre din ultima vreme. Suntem dominaţi de fapte. Or ontologia juridică nu poate fi decât stipulativă, normativă, adică una care „respectă în mod strict non-derivabilitatea

normativului din factual"[1]. Din păcate, definiţiile noţiunilor juridice sunt în doctrina sau jurisprudenţa din România bazate pe caracterul tipic al relaţiilor sociale reglementate, deşi de cele mai multe ori acest caracter aparte al grupei de fapte sociale nu rezultă decât din reglementarea lor distinctă, şi pe caracterul «fundamental» - sau de o altă asemenea natură - al acestor raporturi sociale, deşi autorilor definirii le scapă care este sensul «juridic» al acestor noţiuni nejuridice. Alteori definirea este bazată pe metoda diferită de reglementare, deşi, ca în definiţia tipică dată dreptului civil, aceasta este confundată cu poziţia părţilor în cadrul raportului juridic concret, în condiţiile în care metoda de reglementare ar fi putut fi determinată ca fiind utilizarea preponderentă a normelor neimperative[2] etc. Într-un cuvânt, faptele domină dreptul în abordarea tipică a doctrinei şi jurisprudenţei româneşti.

Noţiunea de «drept» sau cea de «sistem juridic» nu fac excepţie. Accepţiunea «juridică» a acestora lipseşte. Şi această carenţă se transpune într-o înţelegere trunchiată a relaţiilor sistemice în interiorul dreptului. Odată ce dreptul este definit şi deci construit prin raportare la relaţiile sociale, deci la fapte, raporturile sistemice devin materiale. Viziunea materialistă face prioritare astfel raporturile de conformitate, adică de conţinut, în detrimentul viziunii formale, care privilegiază raporturile de producere a normativităţii înseşi, adică raporturile de validitate. Or ceea ce este tragic pentru juriştii români, care se văd astfel dependenţi direct de economie, de politic şi de modul în care grupurile de interese dominante concep societatea «bună», este că punctul de vedere tipic «juridic» este formal *tocmai* pentru a le asigura independenţa. Noi am semnalat deja dependenţa deciziilor Curţii Constituţionale a României faţă de conjunctura economică sau socială[3]. Acum vom arăta cum dependenţa

---

[1] Otto PFERSMANN, Arguments ontologiques et argumentation juridique, în Otto PFERSMANN, Gérand TIMSIT, Raisonnement juridique et interprétation, Publication de la Sorbonne, Pris, 2001, p. 16.

[2] Vezi Ion DOGARU, Nicolae POPA, Dan Claudiu DĂNIŞOR, Sevastian CERCEL (coordonatori), Bazele dreptului civil, Volumul I. Teoria generală, C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 29-54, pentru o definire a dreptului civil ca drept individualist şi liberal.

[3] Vezi editorialul din Curierul Judiciar nr. 7/2010: «Curtea Constituţională a României în capcana nefilosofării».

noţiunilor cheie în analiza sistemului juridic de factorii extrajuridici face ca înţelegerea partajării atribuţiilor prin care se realizează justiţia constituţională să fie trunchiată.

Pentru aceasta, vom analiza pentru început cum şi de ce nu este corect înţeles sistemul normativ ierarhizat, care sunt aporiile pretenţiilor de fundamentare meta-juridică a noţiunii de «Constituţie» în doctrina românească şi cum justiţia constituţională este redusă la eliminarea normelor din sistem pentru neconformitate.

§1. Cum şi de ce nu este corect înţeles sistemul normativ ierarhizat

Sistemul juridic este înţeles în România, de cele mai multe ori, doar ca un «ansamblu». Trăsăturile sistemice nu sunt deloc analizate în această viziune, care, din păcate, este dominantă. Când spunem că dreptul este un ansamblu sistemic, spunem că el îndeplineşte trăsăturile unui «sistem»: claritatea, coerenţa, consistenţa şi completitudinea. Am abordat aceste trăsături cu alte ocazii[4]. Acum nu ne interesează decât coerenţa şi în oarecare măsură claritatea. Şi aceasta dintr-un unghi de vedere particular: cel al auto-producerii sistemului juridic.

Dreptul este un sistem coerent în sensul că el asigură necontradictorialitatea elementelor sale. Când spun «asigură», spun că el creează regulile care soluţionează conflictele potenţiale dintre elementele sale. În acest sens, el cuprinde două tipuri de norme: norme de comportament şi norme care reglementează modul în care sunt produse normele de comportament. Prin raportare la comportamente, normele care reglementează comportamentele sunt primare, iar cele care reglementează producţia normativă sunt secundare. Normele primare trebuie sa fie produse în modul reglementat de normele secundare, ierarhia normativă trebuind să fie înţeleasă în *acest* sens. Relaţia de ierarhizare nu este raportată la obligativitatea normelor, căci toate sunt obligatorii în acelaşi sens, ci la obiectul de reglementare. Indiferent de faptul

[4] Vezi Dan Claudiu DĂNIŞOR, Ion DOGARU, Gheorghe DĂNIŞOR, Teoria generală a dreptului, C. H. Beck, Bucureşti, 2006 şi ediţia a doua 2008.

formalizării într-un act normativ distinct, normele secundare există în orice sistem juridic, căci nici un ansamblu de norme care se autodefineşte ca sistem nu poate să se lipsească de regulile de producere a elementelor sale.

Dreptul este astfel un sistem care reglementează propria producere. Contenciosul constituţional este sistemul de tranşare a litigiilor apărute datorită suspiciunii că cei care edictează normele de comportament nu respectă limitele ce le sunt impuse de către normele secundare. Altfel spus, obiectul contenciosului constituţional este respectarea limitelor normării în vederea garantării libertăţilor. Respectul ierarhiei normative are tocmai acest sens.

Prin sistem juridic se înţelege deci un sistem normativ ierarhizat. Ierarhizarea este proprietatea sistemului care constă în determinarea includerii unei norme în sistem doar în baza unei alte norme a sistemului. Criteriile de juridicitate ale unei norme sunt deci determinate doar printr-o procedură de producere, nu prin judecăţi de valoare. Sigur că judecăţile de valoare sunt implicate în determinarea «*calităţii*» normei, dar nu în determinarea «*juridicităţii»* sale.

Calitatea şi claritatea sistemului normativ este subsumată unor reguli de ierarhizare proprii, în care ierarhia normativă rezultă din ierarhia valorilor. Dar ierarhia valorilor însăşi este determinată în raport de principiile justiţiei, ale dreptăţii ca raport *formal*[5]. Dacă scara valorilor nu este echilibrată prin raporturi *formale,* valorile unora le exclud pe ale altora, viziunea particulară asupra «societăţii bune» susţinută de un grup intră în conflict cu viziunea asupra binelui susţinută de alt grup, morala publică dominantă exclude preceptele morale minoritare etc., iar societatea nu poate funcţiona drept. Raporturile de conţinut sunt astfel subordonate raporturilor de formă, chiar dacă nu poate fi negat că dreptul are legătură cu valorile.

Dreptul îşi reglementează şi distrugerea. Retragerea juridicităţii unei norme este un proces invers celui de producere. Dar regulile de distrugere a normelor sunt guvernate de aceleaşi principii ca cele de producere.

În alţi termeni, există trei tipuri de raporturi formale între normele unui

[5] Vezi Dan Claudiu DĂNIŞOR, Valorile supreme ale statului român potrivit Constituţiei din României din 1991, Revista Română de Drepturile Omului nr. 28/2004.

sistem juridic ierarhizat: de validitate, de conformitate şi de dejuridicizare.

Raporturile de validitate[6] se referă la includerea normelor în sistemul juridic. Normele care nu respectă regulile potrivit cărora trebuie să fie produse nu sunt valide. Faptul de a nu fi valide le atrage inexistenţa juridică. Astfel, când un organ sau un sistem de organe abilitat să normeze nu a respectat procedura de producere a normei emise, el nu a reuşit să introducă regula în sistemul normativ. Deci pretinsa regulă nu este *juridică*. Nu există *ca normă*. Neconstituţionalitatea nu este aici un raport de conţinut între norma constituţională şi pretinsa normă legală. Pur şi simplu, conţinutul pretinsei norme nu poate fi raportat material la Constituţie, căci ea nu face parte din sistemul juridic, este *juridic inexistentă*.

Astfel, dacă Guvernul adoptă o ordonanţă în domeniul legii organice, aşa cum este el stabilit de art. 73(3)C sau de un alt text constituţional, atunci actul Guvernului nu este neconstituţional în sensul raporturilor de conformitate, ci în sensul raporturilor de validitate. În consecinţă, Guvernul a exteriorizat o manifestare de voinţă care nu respectă regulile de producere a normelor juridice, aşa cum sunt determinate de Constituţie. Actul care este rezultatul manifestării de voinţă nu a intrat în ordinea normativă. În consecinţă nu este juridic. Este *inexistent* din punct de vedere juridic. Este acelaşi lucru cu încercarea de introducere în sistem a unei norme printr-un act al unui prefect pe care acesta îl numeşte «lege» şi care are pretenţia de a reglementa primar un domeniu sau de a modifica o reglementare de acest tip. Numai că dacă în cazul prefectului ne-ar fi clar că actul nu are nici o valoare (cei mai mulţi ar susţine internarea prefectului), în cazul Guvernului mentalitatea dominantă duce la un fel de acceptare nemotivată a unei valori juridice a unui act nevalid, deci o acceptare a judecării fondului actului.

Raporturile de conformitate presupun raportarea conţinutului normei inferioare la conţinutul normei superioare. Raporturile analizate sunt, de data aceasta, *materiale*. Ce se înţelege însă prin raportarea normelor unele la altele în

[6] Numită uneori şi «valabilitate». Eu prefer să afirm că norma este «validă», nu «valabilă». Asta pentru că acţiunea de introducere corectă a unei norme în sistem este cea de «validare», termenul celălalt fiind mai greu utilizabil în acest sens.

raport de conţinut? O primă regulă, dedusă *a contrario* este că raporturile de conţinut *nu sunt raporturi de producere* a normelor. Deci, de fiecare dată când nu suntem în prezenţa unei aplicări a unei reguli de producere a normelor sau de scoatere a normelor din sistem raporturile dintre norme care trebuie analizate sunt de conţinut, deci de conformitate.

Pe de altă parte, raporturile materiale dintre norme în cadrul ierarhiei normative presupun faptul că norma inferioară are un conţinut care derivă din cel al normei superioare. Nu este vorba de formă, ci de ordin. Ceea ce *ordonă* norma inferioară trebuie să fie o consecinţă logic posibilă a normei superioare. Raporturile de derivare privesc, este evident, conţinutul şi nu juridicitatea. Dacă avem norma constituţională „pedeapsa cu moartea este interzisă" şi introducem norma legală „poporul suveran poate reintroduce pedeapsa cu moartea, dacă la referendum votează pentru aceasta peste 90% dintre cetăţenii cu drept de vot", conţinutul normei inferioare este contrar conţinutului normei superioare pentru că regula logică de derivare utilizată nu este validă.

Derivarea logică a conţinutului normei inferioare din cel al normei superioare presupune apoi ca rezultatul obţinut să nu creeze o contradicţie între normele sistemului juridic la nivelul din ierarhia normativă la care norma derivată se situează. Necontradictorialitatea sistemului pe aceeaşi treaptă a ierarhiei nu mai este o regulă de validitate, căci regulile de producere se situează pe treapta ierarhic superioară, ci o regulă de conformitate. Ar avea deci un conţinut neconform regulile care introduc o contradicţie logică în sistemul pe care îl reprezintă o treaptă a ierarhiei normative. *Acesta* este sensul sistemic al clarităţii normelor impusă de normativizarea statului de drept. De exemplu, dacă avem norma „impozitul este datorat de cel ce realizează un venit" şi introducem norma „cei care gospodăresc împreună cu proprietarul unui teren agricol pot fi urmăriţi pentru neplata impozitului agricol în solidar cu proprietarul", introducem un conţinut al normei noi care intră în contradicţie logică cu regula că doar cel în al cărui patrimoniu intră venitul poate fi subiect impozabil. Regula este neconstituţională pentru că nu asigură necontradictorialitatea regulilor juridice la nivelul ierarhic al legii.

Curtea Constituţională se străduieşte să demonstreze constituţionalitatea unei astfel de norme invocând o normă ierarhic superioară. Dar, făcând astfel,

ea transformă problema necontradictorialităţii conţinutului, care se pune între normele aflate pe aceeaşi treaptă a ierarhiei normative, într-o problemă de raporturi ierarhice între norme. Curtea ne spune că norma constituţională privind solidaritatea, expresă sau implicită, *autorizează legiuitorul să introducă derogări de la regula că doar cel ce obţine un venit poate fi impozitat.* Or, problema aici era dacă introducând norma la nivel legal nu se creează un ilogism, adică o contradicţie logică între normele *legale*. Iată ce afirma Curtea: „prevederile art. 8 alin. 1 din Legea privind impozitul pe venitul agricol instituie obligaţii de solidaritate, în vederea asigurării încasării impozitului. Faptul că această solidaritate *priveşte nu numai subiectul impozabil*, ci şi persoanele care locuiesc, gospodăresc cu contribuabilul şi beneficiază împreună cu acesta de veniturile realizate în gospodărie, nu constituie o încălcare a prevederilor art. 53 alin. (2) din Constituţie. Instituirea obligaţiei solidare are in vedere tripla calitate cumulativă a debitorilor de a locui, gospodări si beneficia, împreună cu contribuabilul, de veniturile agricole obţinute. Aceşti debitori produc împreună cu contribuabilul venitul agricol respectiv şi beneficiază de el, astfel încât garanţia pe care o reprezintă solidaritatea este justă, în sensul constituţional al termenului cuprins în art. 53 alin. (2), fiind echitabil ca oricine realizează un venit să aibă obligaţia plăţii unui impozit”[7]. Cred că ilogismul este evident. Se afirmă că dacă beneficiezi de un venit al altuia trebuie să plăteşti impozit, deşi se susţine în acelaşi timp că subiect impozabil este doar proprietarul terenului.

O altă regulă de derivare a conţinutului normei inferioare din conţinutul normei superioare este că *rezultatul acestei derivări trebuie să ducă la aplicarea normei superioare şi nu la neaplicarea ei.* Astfel, dacă avem norma constituţională „exerciţiul unor drepturi sau al unor libertăţi poate fi restrâns numai prin lege” şi introducem norma „poate fi restrâns prin Hotărâre de Guvern exerciţiul drepturilor şi libertăţilor care nu sunt prevăzute expres ca fundamentale în Constituţie”, atunci obţinem o neaplicare a normei constituţionale care dispune cu privire la *toate* drepturile şi libertăţile, nu doar la cele «fundamentale», pentru toate drepturile care nu au fost constituţionalizate

[7] Decizia nr. 49/1994, M. Of. nr. 125 din 21 mai 1994.

expres. Norma superioară este făcută neaplicabilă în anumite situaţii prin norma inferioară deşi conţinutul ei gramatical ar fi autorizat în mod normal aplicarea. De aceea norma inferioară este neconstituţională.

Pe de altă parte, raporturile ierarhice de conformitate presupun că lipsa unei interdicţii în norma superioară nu poate fi transformată într-o autorizare implicită prin norma inferioară. De exemplu, faptul că norma constituţională nu prevede o durată maximă a arestului preventiv în faza de judecată nu trebuie să creeze posibilitatea ca regula procesual penală să nu stabilească o astfel de limită, pentru că, făcând aşa, omisiunea normei procesuale autorizează implicit o durată nedeterminată clar a măsurii preventive. De fapt, lipsa unei limitări exprese în norma superioară nu reprezintă o autorizare nici pentru legiuitor, nici pentru instanţe de a depăşi un termen rezonabil al arestării preventive. Iată de ce Curtea Constituţională greşeşte când afirmă că: „Examinând excepţia de neconstituţionalitate astfel cum a fost formulată, Curtea constată că motivarea autorului acesteia vizează, în esenţă, omisiuni de reglementare, acesta susţinând că textele de lege criticate sunt neconstituţionale, deoarece (…) nu prevăd o durată maximă a măsurii preventive în faza judecăţii (art.145^1 din Codul de procedură penală). Or, examinarea criticii de neconstituţionalitate având ca obiect omisiuni sau imperfecţiuni legislative nu intră în competenţa Curţii Constituţionale, care, potrivit art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992, se pronunţă *"numai asupra constituţionalităţii actelor cu privire la care a fost sesizată, fără a putea modifica sau completa prevederile supuse controlului"*[8]. De fapt norma procesual penală este neconstituţională *pentru că autorizează implicit instanţa să poată dispune arestarea preventivă pe o durată maximă care nu este clar determinată*, transformând o omisiune constituţională privind durata maximă a arestului preventiv în faza judecăţii într-o autorizare a legiuitorului şi a instanţelor de a se comporta abuziv.

De asemenea, o autorizare a unei limitări stabilită în norma superioară nu poate fi interpretată în sensul că norma inferioară trebuie neapărat să opereze limitarea. Deci nu trebuie ca autorizarea dată legiuitorului de a dispune o eventuală limitare a exerciţiului unor drepturi să fie transformată într-o obligaţie

[8] Decizia nr. 420/2009, M. Of. nr.274 din 28 aprilie 2009.

de reglementare pentru acesta. De exemplu, din faptul că art. 30(8)C dispune, în teza finală, că „delictele de presă se stabilesc prin lege" nu se poate deduce că, datorită dimensiunii constituţionale a delictelor de presă, legiuitorul nu poate elimina din legislaţie aceste delicte, cum credea Curtea Constituţională[9]. De fapt, sensul dispoziţiei este stabilirea competenţei exclusive a legiuitorului de a norma că anumite fapte sunt delicte de presă şi nu stabilirea unei obligaţii de reglementare. Este vorba de o protecţie a libertăţii de exprimare şi nu de o limită a acesteia, cum o interpretează Curtea Constituţională. Deci, legiuitorul nu are nici o obligaţie constituţională de a stabili delicte de presă şi de a oferi o protecţie penală demnităţii persoanei şi, cu atât mai puţin, să reglementeze utilizând un anumit tip de normare, cea penală[10].

Desigur că analiza regulilor de derivare ar putea continua. Dar nu acesta este obiectivul acestui studiu. Ceea ce mă interesa era doar să atrag atenţia asupra faptului că înţelegerea trunchiată a raporturilor ierarhice dintre norme din punct de vedere material creează, la rândul ei, probleme de determinare a sferei contenciosului constituţional.

În fine, raporturile de dejuridicizare, de dereglementare, presupun un anumit tip de înţelegere a ierarhiei normative. Trebuie, de data aceasta, să răspundem la întrebarea «cum trebuie scoasă o normă din sistemul juridic pentru ca această operaţiune să fie constituţională?». Raporturile sunt din nou formale. Regulile de dejuridicizare sunt reguli de producere. O normă care încearcă scoaterea alteia din sistem trebuie să respecte regulile stabilite pentru aceasta în norma ierarhic superioară. Dacă nu o respectă, atunci norma de dejuridicizare nu a fost valid introdusă în sistem, deci nu este juridică, aşa că nu produce nici un efect juridic. Nevaliditatea negativă, reflexul «în oglindă» al nevalidităţii producerii normei, atrage după sine inexistenţa normei de dejuridicizare. În mod firesc, norma a cărei scoatere din sistem a fost încercată rămâne în vigoare. Dar trebuie clar distinsă analiza formală de cea materială în

[9] Decizia nr. 62/2007, M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007.

[10] Pentru amănunte vezi Comentariu realizat de Dan Claudiu DĂNIŞOR şi Sebastian RĂDULEŢU, Curierul Judiciar nr. 3/2007. Pentru o analiză a defectelor de raţionament logic din Decizia citată, vezi Gabriel ANDREESCU, «Logica» unei decizii inexistente juridic, Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 1/2007.

această problemă. Dacă suntem în prezenţa unui raport de conţinut, ca în cazul abrogării normelor penale privind insulta şi calomnia analizate de Curtea Constituţională în Decizia citată mai sus, atunci normele abrogate nu reintră în vigoare prin simpla declarare a neconstituţionalităţii legii de abrogare. Norma de abrogare fusese introdusă în sistem în mod valid. Ceea ce i se reproşa era o neconformitate cu conţinutul protecţiei demnităţii umane. Deci era validă, dar neconformă. Totuşi Curtea trage concluzia pe care ar fi trebuit să o tragă doar dacă norma de abrogare era nevalidă.

Problema raporturilor de dereglementare este că aproape totdeauna regulile care le privesc şi care ar trebui să fie prezente în norma superioară nu sunt exprese, ci doar deduse prin interpretarea regulilor de producere. Două principii guvernează aceste raporturi: cel al paralelismului formelor şi competenţelor şi cel al puterii abrogative a normei superioare. Prima regulă stipulează că o normă nu poate fi scoasă din vigoare decât de organul care a edictat-o şi doar în aceeaşi formă utilizată la edictare. Astfel, o lege nu poate fi abrogată decât de Parlament şi doar printr-o altă lege. Altfel spus, o lege nu poate fi abrogată, de exemplu, de o hotărâre a guvernului. Pe de altă parte, Parlamentul nu poate abroga o lege printr-o hotărâre, ci doar printr-o altă lege. Cea de a doua regulă stipulează că norma superioară în ierarhie poate abroga norma inferioară. Astfel, o lege poate abroga o hotărâre a guvernului, iar constituţia poate abroga o lege.

Problema forţei derogatorii a normelor juridice se mai poate pune şi în cadrul raporturilor dintre acte situate pe acelaşi nivel al ierarhiei normative, dar cu grade diferite de generalitate. Principiul care guvernează aceste raporturi este că regula specială derogă de la regula generală, dar regula generală nu derogă de la regula specială. Astfel, o lege generală posterioară unei legi speciale nu îi afectează validitatea. O lege specială posterioară unei legi generale de la care derogă nu afectează validitatea primeia, ci doar elimină posibilitatea aplicării ei în cazul particular.

Aceste reguli trebuie însă utilizate cu prudenţă, pentru că ele pot să intre în contradicţie unele cu altele. De aceea noţiunile trebuie definite foarte clar şi trebuie să existe câteva principii de raportare a regulilor de interpretare unele la altele în cadrul unui sistem coerent. De exemplu, principiul că legea specială

derogă de la legea generală a fost aplicat de Curtea Constituţională pentru a demonstra că dacă restrângerea exerciţiului unor drepturi sau libertăţi se întemeiază pe o dispoziţie constituţională specială, în cauză cea a art. 44(1) teza a doua, nu mai este necesară „întrunirea condiţiilor prevăzute de art. 53 din legea fundamentală”[11]. Or, în această problemă, regula că legea specială derogă de la legea generală intră în conflict cu interpretarea teleologică, potrivit căreia normele trebuie interpretate în raport cu finalitatea sistemului. Or, această finalitate este în statul de drept democratic protecţia cât mai adecvată a persoanelor. Iar, în speţă, această protecţie putea fi mai accentuată doar prin interpretarea textelor constituţionale ca aplicându-se cumulativ. Deci interpretarea teleologică primează asupra regulii de dejuridicizare potrivit căreia o normă specială derogă de la o normă generală. Ca un principiu general, în cazul unui conflict între regulile de dejuridicizare şi cele de protecţie a persoanelor, ultimele au prioritate.

Pe de altă parte, principiul paralelismului formelor şi competenţelor trebuie interpretat în sensul că orice delegare a competenţelor de dejuridicizare către un alt organ decât cel care a produs norma trebuie să fie expres stabilită într-o normă superioară ierarhic. Delegările de competenţă nu se prezumă. Regula *delegata potestas non delegatur* este în acest fel o regulă constituţională şi în cazul raporturilor de dejuridicizare. Astfel, Guvernul nu poate abroga prin ordonanţă o lege în afara unei autorizări exprese. Lipsa autorizării sau depăşirea limitelor ei atrage după sine încălcarea regulilor de dejuridicizare a normelor legale şi deci inexistenţa normelor de abrogare. În altă ordine de idei, Guvernul nu poate abroga prin ordonanţă de urgenţă o lege decât dacă există un control independent al «urgenţei». Ca regulă generală, *orice derogare de la principiul paralelismului competenţelor şi formelor trebuie să fie controlabilă*. Lipsa controlului atrage după sine încălcarea regulilor de retragere a juridicităţii şi deci *inexistenţa* normei de abrogare. Curtea Constituţională este competentă să judece deci urgenţa normării sau respectarea limitelor delegării, dar nu este singura competentă, căci nu este vorba aici de un raport de conformitate, ci de unul similar raportului de validitate, de raporturile *formale* de *retragere a*

[11] Decizia nr. 923/2006, M. Of. nr. 50 din 23 ianuarie 2007.

validităţii, a căror încălcare atrage *inexistenţa,* iar constatarea acesteia este în competenţa tuturor instanţelor.

Raporturile de dejuridicizare presupun că, de regulă, norma superioară poate abroga norma inferioară. Astfel o lege poate abroga o hotărâre a Guvernului, iar Constituţia o lege. Totuşi, această regulă de interpretare sistemică trebuie la rândul ei aplicată cu prudenţă. Trebuie ca actul normativ ierarhic inferior să fie subsecvent actului normativ din acelaşi palier al ierarhiei care este abrogat. Dacă actul inferior este transpunerea normativă a unei autonomii funcţionale a autorităţii emitente faţă de autoritatea care tentează abrogarea, atunci regula nu se mai aplică. De exemplu, o hotărâre a Guvernului nu poate abroga una a unui consiliu local dacă cea din urmă este expresia autonomiei locale. În Constituţia României autonomia locală este de altfel principiu constituţional. Rămâne ca mai târziu să analizăm competenţa de a constata încălcarea regulii de dejuridicizare. Un lucru este clar însă de pe acum: problema nu este una de conformitate, ci una de validitate.

O altă regulă de dejuridicizare, de data aceasta expres prevăzută în Constituţia României, este că norma care operează eliminarea unei norme existente din sistem se aplică doar pentru viitor. *A contrario,* pentru trecut îşi va produce efectele norma abrogată. Deci o regulă juridică căreia organul emitent îi dă efecte pentru trecut încalcă procedura de dejuridicizare a regulilor juridice prevăzută în Constituţie şi este *inexistentă.* Constatarea încălcării acestei proceduri nu reprezintă o analiză a conformităţii conţinutului normei infraconstituţionale cu Constituţia, ci o analiză a respectării introducerii valide a normei noi şi scoaterii valide a normei vechi din sistemul juridic. Norma de abrogare retroactivă nu este valid introdusă în sistem pentru că este retroactiv introdusă. Ceea ce înseamnă că, nefiind juridică, orice instanţă poate să constate inexistenţa ei. Garantarea neretroactivităţii legii nu este deci un apanaj exclusiv al Curţii Constituţionale.

Excepţie fac normele penale sau contravenţionale mai favorabile. Dar această excepţie nu este nici ea doar o regulă de aplicare a normelor, ci una de producere. Legiuitorul nu poate să încalce principiul retroactivităţii regulilor penale mai favorabile şi să interzică efectul lor retroactiv, căci ar încălca procedura constituţională care îl obligă să introducă o astfel de normă

întotdeauna cu efect retroactiv. Caracterul mai favorabil sau mai nefavorabil este judecat în mod evident *in concreto* de către instanţele ordinare. Ele sunt deci cele care dau consistenţă regulii constituţionale. Şi dacă ele apreciază că norma este mai favorabilă, iar legislativul încearcă prin modul formulării ei sau expres să îi dea efecte doar pentru viitor, instanţa trebuie să facă aplicarea directă a principiului constituţional.

O problemă aparte este cea a regulilor interpretative. Acestea au, în baza teoriei juridice dominante, efect retroactiv, deşi Constituţia nu se referă expres la această excepţie de la neretroactivitate, iar excepţiile ar trebui să fie de strictă interpretare. Dar, lăsând la o parte această problemă spinoasă, căci ea nu ne interesează în contextul acestui studiu, trebuie remarcat că există o regulă care priveşte producerea acestor legi interpretative. Ea stipulează că o astfel de lege nu poate interveni decât dacă există conflict de interpretare a legii în jurisprudenţă. Astfel, în 1912, Tribunalul Ilfov şi, apoi, Curtea de Casaţie au arătat că nu este suficient ca o lege să fie declarată interpretativă de către Parlament pentru a fi considerată ca atare, ci, ca să aibă acest caracter, trebuie ca ea să elucideze textul unei legi ambigue, în interpretarea căreia se constată interpretări diferite în jurisprudenţă. Pentru că în cauză nu existau astfel de interpretări divergente ale legii în practica instanţelor, acestea au considerat că legea era neconstituţională şi datorită faptului că legiuitorul s-a substituit tribunalului rezolvând el însuşi un proces în curs, prin conferirea de efect retroactiv în mod abuziv unei legi[12]; în fine, calificarea legii ca fiind interpretativă trebuie să fie expresă, legile interpretative prin natură neputând interveni în principiu. Judecătorul poate, pe de altă parte, să considere legea ca fiind nouă, chiar împotriva calificării ei exprese ca fiind interpretativă făcută de către legiuitor. Din păcate această regulă pare să fie uitată de instanţe. Dar este clar că ea este o regulă de producere a normelor interpretative şi că încălcarea ei atrage după sine un control extrinsec, al validităţii normei, şi nu un control intrinsec, al conformităţii ei.

În ce priveşte scoaterea din vigoare a unei norme cu efecte doar pentru

[12] Curtea de Casație, Decizia civilă nr. 261/1912, secţia I, Curierul Judiciar nr. 32/1912, p. 373-376.

viitor, norma de dejuridicizare nu trebuie să încalce principiul încrederii legitime a cetăţenilor în continuitatea acţiunii statale. O regulă juridică existentă în sistem trebuie să se bucure de stabilitate. Schimbările normative trebuie să nu fie intempestive. Adică trebuie să fie previzibile, în sensul atribuit acestui principiu de regula constituţională care dispune că România este stat de drept. Aceasta înseamnă că modificarea pentru viitor a unui regim juridic poate fi contrară principiului statului de drept dacă ea încalcă încrederea legitimă a cetăţenilor în continuitatea acţiunii statale. Modificarea pentru viitor a regimurilor juridice trebuie să nu afecteze excesiv stabilitatea normativă printr-o prea deasă modificare care ar deveni imprevizibilă. Căci statul de drept presupune previzibilitatea constrângerii nu doar prin încadrarea legală a acţiunii administraţiilor, ci şi prin previzibilitatea schimbării dreptului, adică prin temperarea activităţii normative a statului. Astfel, nu doar o lege retroactivă este contrară statului de drept, ci şi o lege intempestivă.

A judeca dacă schimbarea unui regim juridic, care ar trebui să fie stabil pentru a garanta încrederea subiecţilor în continuitatea acţiunii statale, nu este contrară acestui principiu este deci o problemă de validitate a introducerii regulilor noi în sistemul juridic. Nu conţinutul normelor noi trebuie judecat, ci retragerea potenţial arbitrară a validităţii vechiului regim juridic. Cred că ne amintim cu toţii că deşi Codul fiscal stabilea expres o perioadă în care nu va fi modificat el a fost copios modificat în acea perioadă sau că după dezbaterea timp de aproape un an în Parlament a unor modificări ale procedurii penale acestea au fost modificate prin ordonanţă de urgenţă la o săptămână de la promulgarea legii, ori că legile privind restituirea proprietăţilor trecute abuziv în proprietatea statului comunist au fost atât de des modificate încât instanţa europeană de contencios al drepturilor omului a trebuit să ne condamne tocmai pentru frecvenţa schimbărilor regimului juridic, nu pentru conţinutul acestora.

Toate defectele de interpretare a sistemului normativ ca sistem ierarhizat sunt datorate, şi sper ca exemplele de mai sus să fi fost îndestulătoare, mentalităţii greşite de a analiza problemele de validitate şi de retragere a juridicităţii utilizând aceleaşi metode de interpretare ca atunci când este judecată problema conformităţii. Eu cred că această mentalitate este greşită şi că trebuie să distingem clar consecinţele nevalidităţii de cele ale

neconformităţii. Totodată cred că trebuie să purcedem la o analiză a identităţii sau distincţiei între procedura constatării inexistenţei unei norme juridice şi procedura excepţiei de neconstituţionalitate. De asemenea, urmare a modului soluţionării primelor două probleme, urmează să analizăm cine este competent să constate inexistenţa juridică a normelor. Acest mod de repartiţie posibilă a competenţelor în materia justiţiei constituţionale în raport de distingerea clară a validităţii de conformitate mă va preocupa însă în următoarea secţiune a acestui capitol. Acum subliniez doar faptul că în optica mea problema constatării nevalidităţii normei, deci a lipsei juridicităţii ei, este o problemă de competenţa instanţelor ordinare.

§2. Aporiile pretenţiilor de fundamentare meta-juridică a noţiunii de «constituţie»

Sfera de cuprindere a contenciosului constituţional este direct dependentă de modul configurării juridice a noţiunii de «constituţie». Or, această noţiune nu este deloc uşor de definit. Nu voi relua aici toată problematica definirii acesteia[13]. Ceea ce mă interesează este influenţa utilizării abuzive a noţiunilor extrajuridice în procesul de definire a constituţiei asupra modului în care este concepută sfera contenciosului constituţional. Astfel, în general, constituţia a fost definită la noi pornind de la ideile următoare: 1. ea este legea fundamentală a unui stat; 2. cuprinde norme juridice; 3. aceste norme sunt constituţionale pentru că sunt «învestite» cu «forţă» juridică supremă; 4. obiectul de reglementare al acestor norme sunt relaţiile sociale «fundamentale»; 5. aceste relaţii sunt «esenţiale» pentru instaurarea, menţinerea şi exercitarea «puterii»"[14]. Ceea ce mă interesează aici nu este o critică a doctrinei, ci o lămurire a sensului pretinsei exclusivităţi a Curţii Constituţionale române asupra întregului contencios constituţional. Genul de definiţie citat are calităţi pedagogice incontestabile. Şi este clar că acest gen de definiţii, figurând în general într-un

[13] Vezi Dan Claudiu DĂNIŞOR, Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I - Teoria generală, C.H. Beck. Bucureşti, 2007, p. 2 şi 135-142.

[14] Termenii puşi între ghilimele sunt cei pe care eu îi consider meta-juridici.

manual pentru anul I de studii juridice de licenţă, a fost construit în acest scop. Problema nu este deci a autorilor definiţiilor, care sunt în mod cert capabili de depăşirea lor, ci a celor care nu reuşesc acest lucru în jurisprudenţă, atunci când determină sfera contenciosului constituţional.

O definiţie a constituţiei trebuie să aibă ca scop principal trierea normelor care trebuie să fie considerate material constituţionale, deci putând figura valid într-un act formal numit «constituţie», de normele care nu pot pretinde acest statut. Potrivit definiţiei de mai sus, criteriul esenţial de triere este obiectul reglementării. Şi, în «buna» tradiţie pe care am semnalat-o deja, obiectul reglementării îl constituie anumite relaţii sociale. Acestea se disting de celelalte relaţii sociale prin faptul că sunt «fundamentale». Or, acest concept nu are nici o consistenţă din punct de vedere juridic, dacă nu primeşte o definiţie din punctul de vedere numit «juridic». Interpretul noţiunii poate decide, de exemplu, că regimul păşunilor este fundamental, căci de el depinde laptele pentru copiii naţiunii.

Aceste relaţii fundamentale sunt «esenţiale» pentru…. Un alt concept nejuridic a cărui determinare «juridică» lipseşte. Or conceptul filosofic de «esenţă» este mult prea disputat (chiar dacă nu de juriştii de la noi, aşa că lipsa tentaţiei doctrinei autohtone a dreptului de a-l juridiciza poate fi pardonabilă) ca să fie ţinut ca transparent chiar în filozofie. În drept, unde transpunerea lui ar necesita serioase remanieri, acest gen de esenţialism intuitiv este un pariu riscant. Relaţiile fundamentale sunt esenţiale pentru «…putere». Iarăşi, lipsa de juridicizare a conceptului îl face să aibă un caracter vag, periculos. Ce se înţelege prin putere şi cu atât mai mult prin Putere[15] - iar majuscula pare subînţeleasă în optica genului de definiţie citat, odată ce tot ce este «fundamental» şi «esenţial» este astfel pentru «putere» - nu este deloc uşor de zis. De aceea mulţi teoreticieni şi multe constituţii, printre care şi cea a României[16], înlocuiesc noţiunea cu cea de «autoritate»[17].

[15] Asupra capcanei acestei noţiuni vezi Dan Claudiu DĂNIŞOR, Drept constituţional şi instituţii politice, vol. I Teoria generală, C.H. Beck. Bucureşti, 2007, p. 493-498.

[16] Este adevărat că revizuirea din 2003 a introdus un alineat în art. 1 care utilizează termenul de putere, dar restul Constituţiei foloseşte conceptul de autoritate.

Practic acest tip de definiţie nu are nici o aplicabilitate juridic validă în domeniul determinării sferei contenciosului constituţional. Utilizarea noţiunilor extrajuridice face ca această determinare să fie lăsată cu totul la îndemâna interpretului, căci în sfera de cuprindere a noţiunilor de «relaţii sociale fundamentale», care sunt «esenţiale» pentru instaurarea, menţinerea şi exercitarea «puterii» poate fi introdus orice. Cu alte cuvinte, astfel de definiţii nu oferă un criteriu, valid din punct de vedre juridic, al împărţirii normelor juridice în constituţionale şi neconstituţionale. Definiţia pare să constate doar că, de regulă, dispoziţiile constituţiilor cuprind astfel de reglementări. Dar nu ne oferă nici un criteriu care să ne ajute să decidem *de ce* constituţiile cuprind astfel de norme şi care este trăsătura lor *juridică* distinctivă care le determină *material* acest caracter constituţional. Definiţia citată descrie o realitate sociologică, cea a cuprinsului majorităţii constituţiilor formale contemporane, dar nu este normativă, adică nu poate analiza critic şi decide constructiv ce *ar trebui* să cuprindă *în genere* o constituţie. Este ca şi cum ai descrie fauna marină arătând toţi peştii, dar nu ai putea să afirmi că pentru a trăi acolo aceştia au nevoie de branhii.

Faptul determinării normelor constituţionale prin afirmarea «învestirii» lor cu «forţă juridică supremă» trădează faptul că este confundat criteriul de validare juridică a normelor ca norme constituţionale, care determină introducerea lor în sistem pe o anumită treaptă a ierarhiei normative, cu consecinţa acestei validări – obligativitatea conformării actelor infra-constituţionale faţă de constituţie. Ca atunci când ai confunda faptul că pentru a trăi în apă ai nevoie de branhii cu faptul că traiul în mare presupune respiraţia în apă.

Oricum, utilizarea noţiunii de «forţă» juridică este derutantă, căci trimite la ierarhia materială a voinţelor, nu la cea formală a normelor. Este o inversiune tipică: în loc să decidem că o normă este superioară alteia datorită poziţiei sale în ierarhia normativă, decidem că această poziţie este dobândită datorită voinţei de a impune norma cu o «forţă» superioară. Reluând exemplul anterior, putem spune că raţionamentul este de tipul următor: pentru ca un animal să trăiască în

[17] Alexandre Kojève, La notion de l'autorité, Paris, Editions Gallimard, 2004.

mare, trebuie să îl punem în apă; această introducere în sfera marină îl va face să aibă forţa de a respira în apă.

Care sunt consecinţele acestui tip de definire a unei noţiuni juridice prin concepte nejuridice (şi mai ales a incapacităţii jurisprudenţei constituţionale de a depăşi viziunea pedagogică elementară care îi este inerentă) asupra înţelegerii contenciosului constituţional? Mai întâi, Curtea Constituţională este îndemnată să privilegieze contenciosul legat de «exerciţiul puterii», deci de normare, faţă de contenciosul legat de garantarea libertăţilor, care excede sfera normării. Deci Curtea Constituţională va considera că tot ce nu priveşte exerciţiul normativ al puterii excede controlului de constituţionalitate. Contenciosul constituţional va avea ca scop primordial excluderea normelor neconstituţionale din sistem. Odată norma exclusă, el va fi lipsit de obiect. De aceea Curtea Constituţională refuză, de exemplu, să mai controleze normele de natură legislativă care au ieşit din vigoare la data controlului. Or aceste norme sunt în continuare aplicabile, căci legea care le abrogă nu poate fi constituţional aplicabilă situaţiilor juridice create înaintea intrării ei în vigoare, cărora legea abrogată *le este în continuare aplicabilă* cu posibile *efecte neconstituţionale* asupra drepturilor şi libertăţilor persoanelor[18].

În al doilea rând, determinarea noţiunii şi deci a sferei Constituţiei prin utilizarea conceptului ambiguu de «caracter fundamental» face ca apoi Constituţia să determine în acelaşi mod limitarea puterii. De exemplu, atunci când dispune că prin ordonanţe de urgenţă nu poate fi afectat „regimul instituţiilor fundamentale ale statului" [art.115(6)C]. Sfera contenciosului constituţional este în acest fel lăsată la cheremul interpretării Curţii Constituţionale. Aceasta va determina care instituţii ale statului sunt «fundamentale» şi care nu. Practica sa nu poate fi, desigur, decât haotică în acest domeniu. De altfel, în materia limitării posibilităţii de a adopta ordonanţe de urgenţă această utilizare a noţiunilor ambigue pare să fie programatică. De exemplu, art. 115(6)C dispune că „ordonanţele de urgenţă (…) nu pot *afecta* (…) drepturile, libertăţile şi îndatoririle prevăzute de Constituţie". Ce înseamnă

[18] Vezi de exemplu Decizia nr. 514/2009, M. Of. nr. 373 din 03 iunie 2009, Notă Dan Claudiu DĂNIŞOR, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 3/2009.

însă «a afecta drepturile…», în condiţiile în care art. 53C defineşte clar ce înseamnă «restrângerea exerciţiului» lor? Mai simplu era să dispună că ordonanţele de urgenţă nu pot restrânge exerciţiul drepturilor ori libertăţilor, limitare care de altfel rezultă clar din interpretarea faptului că art. 53C dispune că restrângerea poate fi făcută doar prin «lege»[19].

În al treilea rând, normele de referinţă pentru contenciosul constituţional nu pot fi clar determinate. Este tot timpul privilegiată o analiză material-conjuncturală a acestora, care le face să aibă contururi imprecise, căci ele sunt constituţionale nu pentru că asigură formele de protecţie a persoanelor prin încadrarea juridică a normării şi aplicării normelor, ci pentru că reglementează relaţii sociale fundamentale care sunt esenţiale pentru exerciţiul puterii. Astfel, noţiunile de popor, stat de drept, democraţie etc. sunt inutilizabile ca norme de referinţă dacă nu li se asigură un criteriu juridic de validare ca norme constituţionale. Ele sunt constituţionale în mod real doar dacă reglementează modul de producere a normelor de comportament în vederea garantării libertăţii. În acest sens, este obligatoriu ca ele să fie gândite ca *proceduri de limitare*. Ori ele sunt gândite, datorită modului determinării nejuridice a validării lor ca norme constituţionale, ca fiind realităţi sociologic determinate. Poporul este conceput ca suma indivizilor care au anumite răsături obiectiv determinate (rasă, etnie, limbă, tradiţii etc.), nu ca o procedură de decizie care limitează puterea pentru a garanta libertatea minoritarilor. Democraţia este «puterea poporului», nu procedura prin care este politic determinată majoritatea care va impune într-un mod limitat reguli tuturor. Statul de drept este statul supus dreptului şi nu sistemul procedurilor care face ca această supunere să fie posibilă în vederea garantării libertăţii etc.[20]. Curtea Constituţională este evident condusă de această înţelegere nejuridică a Constituţiei să nu aplice norme de referinţă de acest tip. Şi este evident, dacă îi analizezi jurisprudenţa, că nu face aplicarea acestor norme.

[19] Dan Claudiu DĂNIŞOR, Consideraţii privind reglementarea constituţională a restrângerii exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2008.
[20] Pentru analiza procedurală a acestor concepte vezi Dan Claudiu DĂNIŞOR, Constituţia României comentată, Titlul I – Principii generale, Universul Juridic, Bucureşti, 2010, p. 38-46, p. 151-153.

Pe de altă parte, utilizarea criteriului «forţei juridice supreme» în definirea constituţiei, conduce la ideea că formalizarea într-o constituţie este singura care face ca norma să fie constituţională, deci referent al controlului de constituţionalitate. Planurile sunt inversate: nu se mai gândeşte că norma este prezentă în constituţia scrisă pentru că material era constituţională, deci putea în mod valid să fie introdusă în actul normativ de nivel constituţional, ci că introducerea formală în constituţia scrisă face norma «supremă». Cu alte cuvinte, tot ce nu este formal în Constituţie nu este de natură constituţională. Pornind de aici, Curtea Constituţională face o restrângere abuzivă a normelor de referinţă. De exemplu, doar libertăţile şi drepturile prezente în Constituţie beneficiază de protecţia limitării posibilităţii de restrângere a exerciţiului lor oferită de art. 53C.

Determinarea imprecisă a sferei de cuprindere juridică a Constituţiei prin utilizarea criteriului «învestirii» cu «forţă» juridică, face ca orice act care nu este «învestit» formal cu o «forţă» juridică să pară că nu este parte a sistemului normativ. De aici o restrângere nejustificată a sferei controlului de constituţionalitate. De exemplu, Curtea Constituţională refuză să controleze o practică judiciară sau administrativă constantă care interpretează legea într-un sens restrictiv pentru exerciţiul drepturilor sau libertăţilor, deşi este obligată formal de textul art. 53C, care dispune că restrângerea poate fi făcută numai prin lege, deci, *a contrio*, nu prin alt tip de act sau fapt. Desigur ca substratul acestui refuz este înţelegerea ca act normativ, deci supus controlului de constituţionalitate, doar a actelor care sunt «învestite cu forţă juridică». Or, cine a «învestit» o practică, pentru ca ea să merite să fie controlată? Restrângerea sferei contenciosului constituţional în acest mod are însă efecte dramatice asupra libertăţilor persoanelor.

Pentru ca aceste aporii, care dau naştere multor abuzuri în sistemul nostru constituţional, să înceteze, prima condiţie este ca definirea noţiunii de constituţie să fie făcută prin noţiuni juridice. Doctrina oferă astfel de definiţii, reluate şi în România. Astfel *constituţia trebuie definită ca sistemul normelor secundare, adică al normelor care reglementează modul de producere al celorlalte norme, în vederea limitării celor care le produc, cu scopul protecţiei juridice a drepturilor şi libertăţilor persoanelor*. Este oferit astfel un criteriu de

validare a normelor ca fiind constituţionale, iar sfera contenciosului constituţional cuprinde atât contenciosul normelor şi instituţiilor cât şi contenciosul libertăţilor. Finalitatea tuturor formelor de contencios constituţional este astfel libertatea persoanelor.

§3. Justiţia constituţională este redusă la eliminarea normelor din sistem pentru neconformitate

Urmarea logică a aporiilor în care intră doctrina şi jurisprudenţa datorită utilizării noţiunilor extrajuridice este restrângerea abuzivă a noţiunii de justiţie constituţională. Practic justiţia constituţională este confundată cu controlul constituţionalităţii legilor. Or, ea are o sferă mult mai largă, cuprinzând, pe lângă contenciosul constituţional al normelor, care este mai larg decât controlul constituţionalităţii legilor, pe cel al instituţiilor şi libertăţilor.

Justiţia constituţională nu trebuie confundată cu jurisdicţia constituţională. Cea din urmă este unul dintre organele sau sistemele de organe prin care se realizează prima. Justiţia constituţională trebuie deci definită în raport de funcţia pe care o realizează şi nu în funcţie de natura organului care exercită într-un sistem sau altul această funcţie. Funcţia generică a justiţiei constituţionale este de a asigura supremaţia constituţiei. Deci *vom numi justiţie constituţională sistemul instituţiilor şi tehnicilor prin care este asigurată supremaţia constituţiei*. În cadrul acestui sistem, controlul constituţionalităţii legilor nu este decât o procedură printre altele, evident importantă, dar care nu epuizează noţiunea de justiţie constituţională.

Amploarea justiţiei constituţionale depinde de sensul pe care îl dăm noţiunii de constituţie. Dacă ne referim la noţiunea de constituţie din punctul de vedere al conţinutului acesteia, uzând deci de un prim sens material al conceptului, atunci justiţia constituţională este sistemul procedurilor şi instituţiilor care asigură supremaţia normelor secundare, a normelor care reglementează modul producerii celorlalte norme, asupra normelor primare, adică a normelor care reglementează comportamente. Un prim sens al justiţiei constituţionale este deci de sistem de procedee şi instituţii care garantează repartiţia competenţelor normative. Un prim fel de contencios constituţional este aferent acestui sens:

contenciosul constituţional al normelor.

Un alt mod de a privi constituţia din punct de vedere material face din ea sistemul normelor care reglementează instaurarea, exercitarea şi transmiterea puterii politice. Corespunzător acestui sens, justiţia constituţională veghează la respectarea procedurilor electorale şi de intervenţie a poporului în exerciţiul puterii, la respectul devoluţiunii orizontale şi verticale a puteri, la respectul separării dintre stat şi societatea civilă etc.. Un al doilea sens al justiţiei constituţionale este deci acela de sistem de instituţii şi proceduri care garantează devoluţiunea puterii. Un al doilea tip de contencios corespunde acestui sens: contenciosul constituţional al instituţiilor.

Constituţia este nu doar un mijloc de a încadra puterea politică, ci şi un mod de garantare a libertăţilor şi drepturilor fundamentale. Acestea fac parte din constituţie în sens material. Justiţia constituţională este astfel şi un sistem de mijloace şi instituţii care garantează respectul drepturilor şi libertăţilor persoanelor. Corespunzător acestui al treilea sens al justiţiei constituţionale vom întâlni un al treilea tip de contencios: contenciosul constituţional al drepturilor şi libertăţilor.

Justiţia constituţională este deci sistemul procedeelor care garantează limitarea puterii, respectul devoluţiunii puterii normative şi drepturile şi libertăţile fundamentale.

Contenciosul constituţional al normelor poate fi definit ca sistemul competenţelor prin care sunt soluţionate conflictele dintre norme. Cum constituţia este cea care delegă puterile, acest contencios revine în mod natural justiţiei constituţionale. Dacă însă toate sistemele se acordă practic asupra acestui rol al justiţiei constituţionale, consensul este departe de a putea fi realizat atunci când trebuie decis care organe trebuie să exercite această atribuţie, care este obiectul controlului şi care sunt normele în raport cu care se realizează acest control. Tradiţional, în ce priveşte atribuirea competenţelor de contencios constituţional al normelor s-au confruntat două viziuni şi două sisteme. Cel american, în care competenţa a fost dată tuturor instanţelor şi cel european în care ea este rezervată unei instanţe specializate. Dar evoluţia ulterioară este în favoarea unei combinări, în proporţii diverse, a celor două sisteme, rezultând o partajare a competenţelor de contencios constituţional al

normelor între sistemul judiciar obişnuit şi o instanţă specializată. Nici un sistem nu mai poate pretinde astăzi că atribuie tot contenciosul constituţional al normelor unei singure instanţe. În ceea ce priveşte obiectul contenciosului constituţional al normelor, „domeniul actelor controlate variază atât de profund (…) încât suscită o interogaţie metodologică asupra pertinenţei unei comparaţii între cele care examinează doar legile şi celelalte, care pot controla toate actele juridice, incluzând aici şi deciziile judecătorilor ordinari"[21].

Atribuţiile curţilor care soluţionează contenciosul constituţional pot fi împărţite în două categorii: de control al actelor normative şi de control al celorlalte acte juridice. De obicei, controlul actelor normative vizează în principal legea, dar el poate fi mult mai extins, putând privi şi constituţionalitatea revizuirilor constituţionale, şi constituţionalitatea tratatelor, şi constituţionalitatea actelor normative ale Executivului ori administraţiei, doar cele de natură legislativă sau şi cele de natură administrativă, putând purta uneori şi asupra omisiunilor Legislativului. Când instanţa constituţională are atribuţii de control şi asupra constituţionalităţii actelor juridice nenormative, această atribuţie poate privi doar actele statului sau poate să se extindă şi asupra actelor particularilor. A vorbi, în aceste condiţii, doar de controlul constituţionalităţii legilor când vorbim de contenciosul constituţional al normelor este mai mult decât problematic. Or în România aceasta pare să fie tendinţa.

Când mă refer la contenciosul constituţional al instituţiilor, o problemă preliminară trebuie rezolvată: prin instituţii nu înţeleg doar instituţiile statului, ci şi celelalte instituţii politice. Această viziune, împărtăşită de altfel de Constituţia României, dă seama de o evoluţie contemporană către depăşirea mecanismelor de separaţie a puterilor prin intermediul cumulării acestora la nivelul societăţii civile, mai ales la nivelul partidelor politice[22]. Astfel, contenciosul constituţional al instituţiilor se va referi la soluţionarea conflictelor de natură constituţională apărute în procesul de devoluţiune electorală a puterii

[21] *D. Rousseau*, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, Paris, 1998, p. 87.

[22] Dan Claudiu DĂNIŞOR, Spre o nouă teorie a echilibrului politic, Revista de drept public nr. 2/1995.

ori de consultare a demosului, la soluţionarea acelor conflicte dintre organele statului pe verticală şi pe orizontală care presupun incidenţa unor norme constituţionale, pe care Constituţia noastră revizuită le numeşte generic „conflicte juridice de natură constituţională dintre autorităţile publice", la conflictele rezultate din reprezentare, dar şi la conflictele care privesc constituţionalitatea unui partid sau a unei alte forme asociative. Este evident că nici un sistem nu rezervă toate aceste competenţe unei singure instanţe şi că nici sistemul nostru constituţional nu poate face acest lucru, indiferent de pretenţiile Curţii Constituţionale.

Contenciosul constituţional al libertăţilor este în statul de drept democratic şi liberal cel mai important tip de contencios. Cum libertatea individuală este scopul sistemului, garantarea drepturilor şi libertăţilor este scopul tuturor procedeelor de impunere a supremaţiei Constituţiei. Aceasta înseamnă că celelalte două tipuri de contencios constituţional sunt subordonate ca finalitate acestui ultim scop.

Sfera acestui contencios şi modul repartiţiei competentelor prin care este realizat depinde însă de ce se înţelege prin libertate individuală. Un concept care la noi este ţinut ca transparent chiar de textul Constituţiei, care nu dispune generic decât că libertatea individuală este inviolabilă (art. 23) şi care jurisprudenţei îi este practic străin. Dispoziţia nu este nici măcar plasată printre dispoziţiile comune în materia drepturilor şi libertăţilor fundamentale, cum este egalitatea.

Cauza este una profundă, deşi unii ar putea fi tentaţi să nu acorde o prea mare importanţă acestui argument *a rubrica*. Este vorba de faptul că revoluţia anticomunistă nu a reuşit să cristalizeze nici un clivaj social fundamental care să polarizeze apoi viaţa politică, cum au reuşit toate celelalte revoluţii majore din epoca modernă sau din cea contemporană. Dacă învingerea sistemelor totalitare de dreapta a dus la revalorizarea egalităţii şi la polarizarea societăţii în jurul problemei distribuţiei beneficiilor sociale, învingerea totalitarismelor de stânga, deşi ar fi trebuit, nu a reuşit să polarizeze societatea în jurul problemei revalorizării libertăţii individuale. Sistemele postcomuniste se polarizează, prin mimetism faţă de cele occidentale, în jurul problemei egalităţii, ca şi când am fi ieşit din regimul nazist şi am fi vrut mai multă egalitate, când de fapt noi am

avut *prea multă egalitate* şi ar trebui să vrem *mai multă libertate*. Sistemul nu a reuşit activarea unui nou clivaj şi a unei noi teme în jurul căreia să polarizeze viaţa politică. De aceea el nu este funcţional. Toate forţele politice sunt la centru pentru că nu există nimic la stânga şi la dreapta, în condiţiile în care nu există punctul de polarizare. În aceste condiţii, nu există temele reale de dezbatere. Miza lipseşte. Ea ar trebui să fie libertatea individuală şi nu este decât egalitatea şi aceasta transpusă în mod pueril în sloganuri despre salarii sau pensii *nesimţite* sau despre faptul că oricine a făcut avere a *furat avuţia naţională*. Deşi miza ar fi trebuit să fie, la noi, cum să ieşim din egalitarismul societăţii de masă şi să reverticalizăm societatea producând o nouă ierarhie socială, dezbaterea publică, dacă o pot numi astfel, se rezumă la cum să păstrăm egalitatea şi să împiedicăm diferenţierea socială. Libertatea individuală este percepută doar ca non-intervenţie a statului, chiar şi aceasta într-un mod reducţionist, şi nu ca non-dominaţie, aşa cum, după părerea mea, ar fi trebuit înţeleasă. Din această cauză, atribuţiile prin care se realizează contenciosul constituţional al libertăţilor par să fie rezumate la limitarea puterii normative primare a statului, deci la controlul constituţionalităţii legilor şi acordate unei singure instanţe.

De fapt, libertatea individuală ar trebui să însemne mult mai mult decât non-intervenţia statului, decât siguranţa rezultată din ea sau chiar din protecţia statală, iar justiţia constituţională mult mai mult decât contenciosul constituţional al normelor. Libertatea nu se reduce la siguranţă. Siguranţa presupune non-intervenţia abuzivă, libertatea presupune non-dominaţia, ca să reluăm terminologia republicană. Individul poate fi sigur fără a fi liber. De multe ori dominaţia paternalistă a statului creează siguranţă, dar niciodată libertate. La fel, dominaţia paternalistă a unui particular. De exemplu, este liber un sclav pe care stăpânul său îl lasă să facă tot ce vrea, fără a interveni niciodată? Desigur, nu. Simpla existenţă a relaţiei de dominaţie anulează libertatea. Posibilitatea intervenţiei, rezultată din existenţa dominaţiei juridice este contrară libertăţii. Sigur că oamenilor le este frică de libertate (*E. Fromm*), dar trebuie siliţi să fie liberi (*J.-J. Rousseau*).

Libertatea presupune deci mai mult decât existenţa unei sfere relativ impenetrabile, însemnă inexistenţa unei puteri capabilă, dacă vrea, să penetreze

această sferă. Libertatea nu însemnă doar ne-imixtiunea puterii, ci limitarea ei. În numele siguranţei, legea va tinde să instituie mecanisme paternaliste prin care statul să autorizeze exerciţiul libertăţii. Limita acestor proceduri de siguranţă este libertatea. Legea poate amenaja până la un punct siguranţa bazată esenţial pe non-intervenţie, dar fără a putea afecta libertatea prin introducerea unui principiu de dominaţie. Libertatea determină în mod primordial siguranţa, nonintervenţia statului sau a celorlalţi este doar o consecinţă şi un aditiv. Decisiv devine deci să înţelegem libertatea individuală ca opusă siguranţei paternaliste, mai ales într-un regim politic şi constituţional post-comunist, în care toate derivele egalitariste ascund de fapt o reacţie de dominaţie paternalistă. Garantarea libertăţii individuale trebuie concepută în mod fundamental ca interzicea oricărei forme de dominaţie, chiar dacă aceasta nu se transpune într-o intervenţie abuzivă.

Dominaţia, care este contrară libertăţii, poate fi fizică, psihică, economică, structurală ori simbolică. Dispoziţiile constituţionale privind libertăţile trebuie interpretate în sensul interzicerii instituirii oricărei forme de dominaţie. De exemplu, siguranţa persoanei presupune aceasta nu poate fi arestată preventiv decât în condiţiile legii, dar aceasta nu înseamnă că lipsa reglementării nu poate fi neconstituţională, dacă ea autorizează implicit o relaţie de dominaţie a statului în raporturile cu particularii. Este cazul sistemului nostru procesual penal care nu impune o limită maximă a arestării preventive în faza de judecată a procesului penal. De fapt, această aparentă omisiune a legiuitorului, care în optica instanţei constituţionale nu este o problemă de constituţionalitate, face ca statul să poată acţiona abuziv, autorizând indirect o relaţie de dominaţie care este contrară libertăţii individuale.

Constituţia noastră afirmă acest tip de înţelegere al libertăţii. Astfel, libertatea economică, afirmată acum în mod distinct (art. 45), impune un drept la non-dependenţă economică. Libertatea asocierii (art. 40) nu este afirmată pur şi simplu, ci stabilind totodată că pluralismul (asociativ) este nu doar o condiţie ci şi o *garanţie* a democraţiei constituţionale (art. 8), ceea ce implică nu doar o garanţie de independenţă faţă de stat a asociaţiilor, ci şi un pluralism intracategorial, care impune o interdicţie de încadrare obligatorie într-o asociaţie. Se impune astfel un drept la non-dominaţie al cărui debitor sunt

structurile societăţii civile însele. Tot pornind de la Constituţia României poate fi desprins un alt înţeles al libertăţii ca non-dominaţie: nondominaţia simbolică, adică prin intermediul stăpânirii şi manipulării informaţiei şi informării. Libertatea individuală este deci nondominaţie fizică, psihică, economică, structurală şi simbolică. Aceste aspecte ale libertăţii individuale sunt protejate prin drept.

Există însă o formă de dominaţie prin dreptul însuşi, căci nu trebuie uitat că dreptul, care, de regulă, este văzut ca un mijloc de limitare a puterii politice, este şi un mijloc de impunere a acesteia, un vector al dezvoltării ei. Libertatea individuală trebuie să poată fi garantată chiar contra dreptului. Transpunerea acestui sens al libertăţii ca non-dominaţie juridică la nivelul drepturilor şi libertăţilor este făcută prin intermediul securităţii juridice a persoanelor.

Fiecare din aceste sensuri ale libertăţii individuale se transpune într-o categorie de drepturi ale omului şi de libertăţi publice. Nondominaţia fizică se transpune în dreptul la viaţă, la integritate fizică, la liberă circulaţie etc.; nondominaţia psihică – în dreptul la integritate psihică, la învăţătură, la cultură, la viaţă intimă, familială şi privată, în libertatea conştiinţei, libertatea de exprimare, dreptul la informaţie etc.; nondominaţia economică – în dreptul la muncă şi la protecţia socială a acesteia, în interzicerea muncii forţate, în libertatea proprietăţii şi în protecţia proprietăţii private, în libertatea economică, în dreptul la moştenire etc.; nondominaţia structurală se transpune în libertatea de asociere, în libertatea întrunirilor, în libertatea familiei etc., dar şi în dreptul la pluralism asociativ intracategorial, în libertatea de a nu te asocia, sau de a te retrage oricând din asociere; nondominaţia simbolică – în dreptul la propria imagine, în libertatea presei, în protecţia secretelor personale etc.; nondominaţia juridică – în securitatea juridică[23], care implică un drept de a putea cunoaşte norma juridică (publicitate, neretroactivitate), dar şi un drept la o previzibilitate a modificării normei (…). Dar libertatea individuală nu adiţionează pur şi simplu aceste drepturi şi libertăţi. Ea este fundamentul lor, punctul lor de convergenţă, dar rămâne distinctă faţă de ele. Astfel poate exista încălcare a libertăţii individuale chiar dacă niciunul din drepturile anterior enumerate nu

[23] Pentru analiza noţiunii, vezi Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 1999.

este încălcat şi chiar dacă vreunul dintre acestea nu este prevăzut în mod distinct şi expres de constituţie.

Deşi această libertate ca non-dominaţie pare să aibă doar un sens negativ, de non-intervenţie, ea are şi un aspect pozitiv, de promovare. Statul trebuie să corecteze raporturile de forţe pentru a elimina posibilitatea dominaţiei prin măsuri de promovare a celor vulnerabili faţă de o astfel de dominaţie şi nu doar prin interzicerea formală a dominaţiei celor mai puternici, din punctele de vedere arătate mai sus.

Un alt sens al pozitivităţii libertăţii individuale este dat de faptul că ea nu rezultă doar din non-intervenţia ori non-dominaţia din partea altora, ori din promovarea de către autoritate, ci şi din posibilitatea de acţiune din partea titularului. Libertatea este în sensul acesta pozitiv, aşa cum se exprimă Declaraţia Drepturilor Omului din 1789, „puterea de a face tot ceea ce nu dăunează celuilalt; astfel exerciţiul drepturilor naturale ale fiecărui om nu are alte limite în afara celor care asigură celorlalţi membri ai societăţii exerciţiul aceloraşi drepturi" (art. 4).

Mai trebuie apoi lămurit un lucru: libertatea individuală, care pare a fi o libertate publică printre altele, este în fond baza oricărei libertăţi publice. A vorbi deci de libertatea individuală nu înseamnă a vorbi de un «drept», chiar calificat ca «fundamental», ci de ceea ce fundamentează orice drept. În acest sens o persoană care nu este liberă nu are niciun drept. Această înţelegere este evidentă. Doar teoriile ori practicile de limitare a libertăţii pot găsi drepturi unde nu există libertate.

Libertatea individuală este puterea acordată persoanei de a face tot ceea ce nu dăunează celuilalt, fără vreo intervenţie exterioară în afara celor care sunt juridic necesare asigurării exerciţiului drepturilor altora, şi de a nu fi dominată fizic, psihic, economic, structural, simbolic ori prin încălcarea securităţii juridice a persoanei.

Iar contenciosul constituţional al libertăţilor este sistemul de garantare a libertăţii individuale înţeleasă în acest sens foarte larg. În aceste condiţii, a reduce justiţia constituţională la controlul constituţionalităţii legilor, cum din păcate se întâmplă prea adesea în sistemul nostru constituţional şi, ca o consecinţă, a afirma o competenţă exclusivă a Curţii Constituţionale asupra

atribuţiilor de justiţie constituţională nu este doar ilogic, ci şi foarte periculos, pentru că această pretenţie de exclusivitate trădează o atitudine fundamental totalitară.

Secţiunea 2. Partajul competenţelor de justiţie constituţională în raport de distingerea validităţii de conformitate

În această a doua secţiune mă va preocupa modul de repartizare a competenţelor de justiţie constituţională în raport de distingerea clară a validităţii de conformitate. Deşi această distincţie validitate/conformitate, întâlnită uneori sub forma constituţionalitate extrinsecă/constituţionalitate intrinsecă, este veche în jurisprudenţa românească, ea nu este astăzi decât inconsecvent utilizată de Curtea Constituţională şi nu-i sunt în niciun caz fructificate toate valenţele practice în delimitarea partajului de competenţe între instanţa specială şi instanţele ordinare.

Mai mult, chiar contenciosul de conformitate (constituţionalitate intrinsecă) poate fi de mai multe tipuri, în raport de modul înţelegerii tipului de validare a normelor în cadrul ierarhiei normative, ceea ce atrage consecinţe importante asupra repartiţiei competenţelor.

În fine, Curtea Constituţională a României nu determină prin decizia de neconstituţionalitate intrinsecă (conformitate) eliminarea normei din sistem, ci doar declanşează procedura prin care este posibil să se obţină această eliminare. Decizia Curţii creează o obligaţie de punere de acord a dispoziţiei neconstituţionale. Doar dacă această obligaţie nu este îndeplinită, norma este făcută inaplicabilă. Deci organul legislativ este în fond cel care decide dacă norma neconstituţională va înceta să îşi producă efectele sau va fi modificată. Îndeplinirea acestei obligaţii nu este decât în mod excepţional verificată de Curtea Constituţională. În mod normal, impunerea deciziilor de constatare a neconstituţionalităţii este o competenţă a instanţelor ordinare[24].

În prima secţiune, m-am străduit să explic ce înseamnă sistem juridic

[24] Dan Claudiu DĂNIȘOR, Impunerea deciziilor Curții Constituționale: o afacere a instanțelor ordinare…

ierarhizat şi să disting problema validităţii normei de cea a conformităţii. Validitatea normei era analizată sub dublul aspect al introducerii normei în sistem (validare pozitivă) şi al eliminării normei din sistem (validare negativă sau dejuridicizare). Raporturile de validitate privesc producerea normei ca normă juridică şi dejuridicizarea ei. Conformitatea era analizată ca un raport de conţinut între norma superioară şi cea inferioară, care presupune faptul că norma inferioară are un conţinut care derivă din cel al normei superioare. Nu este vorba de formă, ci de ordin. Ceea ce *ordonă* norma inferioară trebuie să fie o consecinţă logic posibilă a normei superioare.

Problema doctrinei dominante şi a jurisprudenţei care o urmează este că, deşi o privire simplă în istoria dreptului românesc ar putea să le convingă de contrariul, ele confundă validitatea cu conformitatea, reducând totul la un amalgam teoretic şi practic care nu poate avea decât consecinţe restrictive asupra competenţei instanţelor ordinare.

§1. Istoria semnificativă a distincţiei în jurisprudenţa românească antebelică

Distingerea validităţii de conformitate şi a controlului celor două aspecte are o istorie semnificativă în sistemul juridic românesc. Instanţele au făcut de timpuriu această distincţie, existând hotărâri în acest sens încă din secolul al XIX-lea, hotărârile pronunţate în 1912, care sunt ţinute a fi debutul propriu-zis al controlului de constituţionalitate, fiind bazate pe această distincţie, iar problema scoaterii normelor din sistem fiind considerată încă de atunci o problemă de validitate. Istoria ar avea deci ce să ne înveţe.

A. Hotărârile judecătoreşti pronunţate înainte de 1912

În 1875, Tribunalul Ilfov făcea, oarecum mediat, dar destul de clar, distincţia validitate/conformitate. Astfel, el decidea cu privire la aplicarea art. 24 din Legea comunală din 1874, prin raportare la art. 7 şi 8 din Constituţia din 1866, în termenii unei probleme de validitate, tocmai pentru a evita, pe cât posibil, problema conformităţii normelor legale cu Constituţia. „Considerând că

(...)[25] posibilitatea suspendării acestui articol (art. 24 din Legea comunală, n.n.) *este subordonată unei simple reguli de procedură legislativă* (s.n.); considerând că, după cum s-a declarat în aceeaşi şedinţă (a Camerei legislative, n.n.) şi după cum este şi în realitate, acest articol nu este decât copia literală a art. 26 din legea comunală din 1864, abrogat: a) prin art. 9 cod. civil (...); b) prin art. 7 din Constituţie (...); considerând că principiul doctrinar potrivit căruia legile posterioare abrogă pe cele anterioare în dispoziţiile ce le sunt contrarii nu este aplicabil în speţă, deoarece nu există şi nu poate exista nici o identitate între legea care a creat puterile Statului şi o lege care emană de la aceste puteri, Constituţia primând toate legile; că, deşi astfel art. 24 din legea comunală devine inaplicabil, această inaplicare se face în avantajul aplicării Constituţiei, care se impune cu preferinţă judecătorului (...)"[26].

Este evident că instanţa făcea aplicarea unor reguli formale de ierarhie a normelor în sistem şi nu o apreciere cu privire la conformitatea conţinutului normelor legale cu cele constituţionale. Ea se referea la procedura legislativă, la puterea de a introduce o lege nouă cu acelaşi conţinut ca o lege abrogată prin norma de codificare şi prin norma superioară în ierarhia normativă şi la aplicarea regulii abrogării prin concurenţă cu principiul respectării ierarhiei normative. Niciun cuvânt despre conformitatea conţinutului. Totul se rezumă la procedura de producere a normei, deci la validitatea ei.

Unii doctrinari urmau această idee a transformării problemei constituţionalităţii legilor în una de validitate, chiar când nu era o reală problemă de producere a normelor. Astfel se susţinea că „nu este vorba, într-adevăr, despre două legi existând în mod valabil, pentru ca să ne preocupe numai felul interpretării lor; chestiunea este tocmai din contră: dacă legea ordinară, contravenind Constituţiei, are sau nu vreo existenţă. Baza argumentaţiei este falsă, pentru că se presupune existenţa în acelaşi timp a celor

[25] Uneori, am remaniat formal exprimările arhaice, pentru a facilita înţelegerea, dar fără a schimba în nici un fel conţinutul hotărârilor citate.

[26] Tribunalul Ilfov, Secţia I civilă, sentinţa nr. 1 din 14 februarie 1875, Dreptul nr. 64/1875, p. 505.

două dispoziţii, ceea ce nu este exact”[27]. Concluzia era că instanţa trebuie să fie competentă să soluţioneze şi constituţionalitatea conţinutului legii, deoarece este tot o problemă de validitate.

În 1886, Secţia II a Curţii de Casaţie şi Justiţie arăta că instanţele judecătoreşti nu sunt „chemate a aprecia constituţionalitatea legilor din alt punct de vedere decât din acela dacă ele au fost date în formele şi condiţiunile prescrise de Constituţia în vigoare la publicarea lor”[28]. Ea făcea astfel distincţia între validitatea normei şi conformitatea ei. Nu interesează deocamdată faptul că instanţele au decis că sunt competente să judece şi conformitatea şi că sentinţele tribunalelor casate de Curtea de Casaţie erau în sensul competenţei instanţei de a se pronunţa şi asupra constituţionalităţii intrinseci, a conformităţii, ci doar că instanţa supremă, chiar dacă nu admitea pentru moment controlul conformităţii normelor infralegislative cu Constituţia, afirma competenţa instanţelor de a se pronunţa asupra validităţii acestora. Ea tranşa astfel problema competenţei în domeniul controlului de constituţionalitate în funcţie de problema distincţiei validitate/conformitate, susţinând, cu valoare de principiu, că problema validităţii este în competenţa instanţelor, chiar dacă cea a conformităţii nu este dată judecătorilor.

Problema distincţiei validitate/conformitate şi a competenţei instanţelor de a controla cel puţin constituţionalitatea extrinsecă, fusese tranşată în doctrina timpului. Iată ce susţinea Demetru C. Popescu: „Vom scoate din discuţiune partea relativă la constituţionalitatea externă. Când legea nu îndeplineşte formele şi condiţiunile stipulate anume pentru existenţa ei, (...) atunci se admite de toată lumea, aproape fără neînţelegere, că instanţele judecătoreşti au dreptul să cerceteze aceste împrejurări şi să refuze aplicarea unei asemenea legi”[29]. Prin urmare, teoreticianul atribuia competenţa de control al constituţionalităţii legilor

[27] Demetru C. Popescu, Dreptul de succesiune al străinilor la imobilele rurale în România, Dreptul nr. 36/1886, p. 277.

[28] Curtea de Casaţie şi Justiţie, S. II, nr. 24 din 12 martie 1886, în Buletinul decisiunilor Curtei de Casaţiune şi de Justiţie date de Secţiunea I şi II, Vol. XXV, Fascicola I pe februarie 1886, p. 223.

[29] Dem. C. Popescu, Dreptul de succesiune al strănilor la imobilele rurale în România, Dreptul nr. 36/1886, p. 275.

în raport de tipul de constituţionalitate controlat, iar când această neconstituţionalitate era extrinsecă, acorda fără dubiu, în ton cu enorma majoritate a doctrinei, competenţa instanţelor ordinare.

În 1898, Curtea de Apel Craiova făcea interpretarea sferei de aplicare a art. 7 alin. 5 din Constituţie, stabilind că acest text nu poate „opri pe străin a primi donaţii în condiţiile prevăzute de Codul civil" şi că „faţă de principiul înscris de legiuitorul nostru constituţional prin art. 17 şi 19, prohibiţia din art. 7 de care sunt izbiţi străinii de a deveni proprietari rurali, nu le refuză dreptul la valoarea imobilului rural"[30]. Curtea stabilea astfel competenţa instanţelor ordinare de a determina sfera de cuprindere a textelor constituţionale. Aceasta nu este o problemă de control de constituţionalitate, ci una de interpretare a normelor. Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie păstrează problema în acelaşi registru. Ea considera, contra Curţii din Craiova, că aceasta din urmă, „judecând că ea (recurenta, n. n.) nu are dreptul decât la valoarea acelor imobile, a dat o decizie bazată pe o rea interpretare şi o rea aplicare a art. 7§5 din Constituţie"[31]. Problema interpretării normelor constituţionale şi a aplicării lor directe era astfel considerată o problemă distinctă de cea a constituţionalităţii legii, ea fiind străină raporturilor validitate/conformitate, iar competenţa acestei interpretări era dată instanţelor ordinare.

B. Hotărârile judecătoreşti din 1912 sunt bazate pe distincţia validitate/conformitate

Hotărârile judecătoreşti care au fost pronunţate de instanţele judiciare româneşti în cursul procesului tramvaielor în cursul anului 1912, urmare a intervenţiei făcute de legiuitor prin Legea din 18 decembrie 1911, sunt bazate pe mai multe tipuri de considerente. Printre acestea se numără şi cea a caracterului interpretativ sau nou al Legii, care, cum vom vedea, este de fapt subordonată problemei retroactivităţii ei. Cum legiuitorul avea dreptul, conform

[30] Curtea de Apel Craiova, Secţia I, nr. 173/1898, Dreptul nr. 33/1899, p. 270.

[31] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţ.-Unite, Decizia 8/1901Curierul Judiciar nr. 1/1902, p. 3.

Constituţiei în vigoare, să adopte legi interpretative, iar doctrina dădea acestora efect retroactiv valid, instanţele erau obligate, în principiu, să aplice legea. Totuşi ele o elimină de la aplicare. Paradoxul este doar aparent, căci ceea ce a făcut instanţa a fost să judece validitatea legii ca lege interpretativă. Ea o califică drept lege nouă, deşi legiuitorul o declara interpretativă.

Astfel, Tribunalul Ilvof, judecând, în audienţa din 2 februarie 1912[32], asupra incidentului de procedură prin care Ministerul de interne şi Primăria comunei Bucureşti cereau amânarea procesului, se referea la problema validităţii legii interpretative, nu la cea a conformităţii ei cu Constituţia. „Considerând că, pentru a fi o lege într-adevăr interpretativă, arăta Tribunalul, trebuie ca ea să rezolve dificultăţi de interpretare, care să aibă un caracter serios; că, asemenea legi intervin mai cu seamă în cazuri când există contrarietate de hotărâri în interpretarea legilor, pentru a pune capăt variaţiunilor de jurisprudenţă; că, prin urmare, nu este destul ca o lege să aibă formă interpretativă ca să fie în realitate interpretativă; (...) că, în speţă, fiind o lege aplicabilă la un contract unic, în privinţa căruia nu a fost până acum rezolvată de justiţie nici o chestiune juridică, nu se poate zice că s-au ivit dificultăţi de interpretare, care să fi pus în poziţie pe legiuitor a clarifica sensul legei; (...) legea din 18 Decembrie 1911 nu este în realitate interpretativă”[33]. Tribunalul nu face de fapt decât să judece validitatea introducerii Legii în sistemul juridic în calitatea ei de lege interpretativă. Nefiind validă ca lege interpretativă, ea rămânea validă ca lege nouă, Tribunalul decizând că „se vede clar că ea a creat dispoziţiuni noi”, şi abia apoi trecând la analiza problemei retroactivităţii.

Este de remarcat însă faptul, susţinut de altfel cu vehemenţă de apărătorii Ministerului internelor şi Primăriei Bucureştiului[34], ca şi de o parte a doctrinei[35], că principiul neretroactivităţii era în acel moment doar un principiu

[32] Jurnalul nr. 119 din 2 februarie 1912, Dreptul nr. 12 din 12 februarie 1912, p. 90-94; Curierul Judiciar nr. 13 din 16 februarie 1912, p. 152-155..

[33] Dreptul nr. 12 din 12 februarie 1912, p. 93. Vezi şi Tribunalul comercial Ilvof, sentinţa nr. 623 din 7 mai 1912, Curierul Judiciar nr. 40 din 27 mai 1912, p. 472.

[34] Vezi concluziile domnului P. Missir, Dreptul nr. 13 din 16 februarie 1912, p. 97-100.

[35] N. Basilescu, Legiuitorul la bara justiţiei, Curierul Judiciar nr. 13 din 16 febrarie 1912, p. 145-152.

infraconstituţional, care deci ar fi fost impus doar judecătorului, nu şi legiuitorului şi că acesta din urmă putea acorda legilor efect retroactiv. Retroactivitatea legii era totuşi considerată de instanţe ca fiind un motiv de neconstituţionalitate. De asemenea aparent paradoxală, această manieră de a decide este justificată prin faptul că problema retroactivităţii este judecată în termenii validităţii legii, nu în termenii conformităţii ei cu Constituţia. Astfel, Tribunalul decidea că legea nu este interpretativă tocmai pentru a evita ca ea să aibă „efect retroactiv, deci (să) trebuie să fie aplicată de tribunal". *A contrario*, dacă legea era nouă, ceea ce Tribunalul constata, ea nu putea avea efect retroactiv, deci nu putea să „schimbe natura dreptului de proprietate al societăţii şi al acţionarilor" sau să impună acţionarilor „să accepte alte condiţiuni decât acelea pe care le-au avut în vedere la subscrierea acţiunilor sub sancţiunea că, în caz de refuz din partea lor, să vadă transformându-se dreptul lor actual şi cel de proprietatea acţiunilor într-un drept litigios de daune-interese". Deşi este evident că Tribunalul face analiza retroactivităţii, el glisează către validitatea privării de proprietate, decizând astfel şi în baza art. 19 din Constituţie, căci el afirmă că „prin aceasta se aduce o gravă atingere principiului pozitiv înscris în art. 19 din Constituţie, care proclamă proprietatea de orice natură sacră şi inviolabilă, fără nici o restricţiune pentru proprietatea mobiliară, iar pentru cea imobiliară cu restricţiunea exproprierii pentru cauză de utilitate publică legalmente constatată şi după o dreaptă şi prealabilă despăgubire"[36]. Curtea de Casaţie se păstra în aceeaşi sferă. Ea decidea că „o lege, fie interpretativă, fie nouă cu efect retroactiv, nu poate nesocoti principiile constituţionale"[37]. Nerespectarea formelor este făcută astfel prevalentă. Nu este vorba de conţinutul Legii, ci de forma introducerii ei în ordinea juridică.

Tot acest tip de prevalenţă a validităţii este pus în valoare şi cu ocazia invocării separaţiei puterilor în stat. Legea nu putea interveni valid, în opinia Tribunalului Ilfov, în sfera sa de competenţă, tranşând un litigiu pe rol, în

[36] Tribunalul comercial Ilvof, sentinţa nr. 623 din 7 mai 1912, Curierul Judiciar nr. 40 din 27 mai 1912, p. 472.
[37] Casaţie, Secţia I, decizia nr. 549 din 28 iunie 1912, Curierul Judiciar nr. 64 din 7 octombrie 1912, p. 755.

favoarea uneia dintre părţile litigante[38]. Astfel, Tribunalul statua că „legiuitorul s-a substituit misiunii tribunalului, rezolvând el însuşi propunerile făcute de minister în apărarea sa" şi că „legiuitorul, prin această uzurpare a atribuţiilor tribunalului, a violat art. 30 din Constituţie, după care puterea judecătorească se exercită de Curte şi de tribunale, şi art. 14 din Constituţie, după care nimeni nu poate fi sustras, în contra voinţei sale, de la judecătorii ce-i dă legea"[39].

Distingerea validităţii actului de conformitatea lui este şi mai pregnantă în Decizia Curţii de Casaţie Secţia I nr. 549/1912. Astfel Curtea decidea că „în virtutea principiului separaţiunii puterilor, instanţele judecătoreşti chemate a se pronunţa asupra plângerii particularilor în contra actelor puterii administrative, care-i vatămă, nu au în principiu dreptul să anuleze actul nici să constrângă la anulare prin mijlocul daunelor cominatorii, chiar dacă ar găsi că actul este ilegal sau abuziv, ci puterea lor se mărgineşte numai la dreptul de a condamna la daune-interese, iar această limitare a puterii judecătoreşti presupune că actul ilegal sau abuziv este făcut de autoritatea administrativă în limitele competenţei, iar nu şi cazul când acel act abuziv nu intră în competenţa agentului sau autorităţii care-l comite, caz în care nici principiul separaţiunii puterilor, nici dispoziţiile art. 74 din Legea din 1910 a Curţii de Casaţie, şi nici explicaţiunile date în Parlament cu ocazia votării acestei legi, nu se opun ca justiţia să facă să înceteze un act comis în dispreţul legii şi fără nici o competenţă"[40].

C. Calificarea raporturilor de scoatere a normelor din sistem ca fiind raporturi de validitate

Am citat mai devreme o hotărâre în care problema abrogării era tratată ca o problemă de validitate, nu ca una de conformitate[41]. Această manieră de a

[38] Ibidem.
[39] Jurnalul nr. 119 din 2 februarie 1912, Dreptul nr. 12 din 12 februarie 1912, p. 92.
[40] Casaţie, Secţia I, decizia nr. 549 din 28 iunie 1912, Curierul Judiciar nr. 64 din 7 octombrie 1912, p. 755.
[41] Tribunalul Ilfov, Secţia I civilă, sentinţa nr. 1 din 14 februarie 1875, Dreptul nr. 64/1875, p. 505.

înţelege problema este decisivă pentru conturarea sferelor de competenţă în cadrul contenciosului constituţional. Instanţele noastre tranşaseră problema încă din secolul XIX în favoarea considerării problemei ca una de validitate şi deci ca atrăgând competenţa instanţelor, chiar dacă ar rămâne în discuţie competenţa lor de a controla constituţionalitatea intrinsecă. Din păcate, cum o să vedem mai târziu, această problemă este tratată greşit de Curtea Constituţională, instanţele ordinare fiind însă îndemnate la o înţelegere similară vechii jurisprudenţe de către una dintre secţiile Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie[42].

D. Problema validităţii nu atrăgea competenţa exclusivă a Înaltei Curţi de Casaţie în secţiuni unite nici după 1923

Problema distingerii constituţionalităţii externe de cea internă a rămas operaţională şi după intrarea în vigoare a Constituţiei din 1923, deşi aceasta elimina competenţa instanţelor de a judeca constituţionalitatea legilor şi acorda această competenţă exclusiv Înaltei Curţi de Casaţie în secţiuni unite. Problema se punea deci în termeni similari celor din acest moment, căci exista o dispoziţie constituţională formală care instituia competenţa exclusivă a instanţei supreme, trecându-se astfel de la un control difuz de constituţionalitate la unul concentrat. Sigur, diferenţa există, căci astăzi sistemul nostru constituţional a instituit o instanţă specială căreia i-a stabilit ca rol garantarea supremaţiei Constituţiei. Dar acest aspect nu afectează studiul problemei distingerii competenţei în raport de tipul de neconstituţionalitate invocat: intrinsecă sau extrinsecă.

Secţiile reunite ale Curţii de Casaţie decideau, în 1927, în baza acestei distincţii. Astfel, Curtea arăta că „motivul (...) privitor la promulgarea acestei legi, putea fi soluţionat de orice instanţă”[43]. Ea îşi înţelegea astfel competenţa exclusivă în domeniul controlului constituţionalităţii legilor ca privind doar

[42] *Î.C.C.J., Secţia penală, decizia nr. 2203 din 4 iunie 2010, comentariu Elena Mădălina Nica, Pandectele Române nr. 1/2011, p.*

[43] Casaţie, Secţiuni Unite, Decizia nr. 49 din 20 octombrie 1927, Pandectele Române Partea a III-a, 1927, p. 146.

constituţionalitatea intrinsecă, problema validităţii normei rămânând în competenţa tuturor instanţelor. Aprecierea modului introducerii normei în sistem, fiind o problemă de validitate, rămânea deci în competenţa tuturor instanţelor.

E. Distingerea normelor constituţionale aplicabile de către instanţe de cele neaplicabile

Înalta Curte de Casaţie proceda, în 1912, la distingerea normelor constituţionale direct aplicabile de către instanţe de cele care nu aveau acest caracter. Ea făcea astfel distincţia, pe care eu am analizat-o în prima parte a acestui capitol, între contenciosul drepturilor şi libertăţilor şi contenciosul instituţiilor. Astfel, instanţa supremă arăta: „Constituţiunea noastră nu stabileşte numai precepte vagi de drept public, care să servească de indicaţii puterii legiuitoare la alcătuirea legilor şi care n-ar fi susceptibile de nici o aplicaţiune; (...) ea recunoaşte încă şi anumite drepturi pe care le precizează prin dispoziţiuni pozitive". Tribunalele, „pe baza atribuţiunii ce au de a aplica legile la conflictele dintre părţi, (...) în mod constant au ţinut seamă de aceste dispoziţiuni constituţionale şi (...) au interpretat şi aplicat diferite texte din Constituţiune, texte care n-ar avea nici o raţiune de a exista dacă aplicarea lor ar fi oprită judecătorilor"[44].

Domnul avocat P. Missir, care susţinea poziţia Ministerului de interne în afacerea tramvaielor, deci se opunea controlului de constituţionalitate pe care ar fi putut să-l realizeze Tribunalul Ilfov, admitea acelaşi punct de vedere, dar susţinea că în cauză nu era vorba de protecţia unui drept: „Ca să fie drepturi încălcate prin opera legiuitorului ordinar, trebuie ca regula constituţională să le fi creat sau recunoscut, trebuie ca legea ordinară să izbească în drepturi pe care însăşi Constituţia le-a declarat şi precizat prin reguli pozitive. (...) La orice conflict între asemenea poziţiuni constituţionale şi dispoziţiile legii ordinare, lege este ceea ce-i garantat în Constituţie şi acea normă trebuie să fie aplicată,

[44] Casaţie, Secţia I, Decizia nr. 261 din 16 martie 1912, citată din Pandectele Române, partea I, 5/ 1923, p. 71-73.

mai presus de orice deviaţiune s-ar găsi în opera legei ordinare". „Cu totul alta este situaţiunea atunci când dispoziţiunea unei legi apare a fi criticabilă pentru cuvântul că nu reprezintă o riguroasă aplicare a unor norme generale care ar fi declarate în Constituţie sau luate de bază la aşezarea edificiului vieţii noastre publice. (...) Atributul de suverană apreciere a limitei înăuntrul căreia este să se aplice principiile constituţionale generale, trebuie să-i rămână rezervat puterii legislative, fără ca el să poată fi cenzurat de puterea judecătorească"[45].

O parte a doctrinei timpului era în acelaşi sens. Astfel, D. N. Comşa susţinea că „în Constituţiune sunt pe de o parte prohibiţiuni şi principii cari consacră drepturile omului şi garanţiile cetăţeanului, fiind oprit legiuitorul să le dezvolte decât în anumite limite precise (...), iar pe de altă parte deziderate în care legiuitorului nu i se pune nici o limită, care n-au nici ce căuta în Constituţie (...). Dacă legiuitorul ar călca vre-una din prohibiţiunile din Constituţie, sau ar ieşi din limitele prevăzute de ea, legea pe care ar face-o ar fi neconstituţională"[46].

Jurisprudenţa şi doctrina tria astfel normele constituţionale aplicabile de către instanţe în contra legilor ordinare de principiile care guvernau raporturile puterilor publice sau stabileau simple obiective de natură constituţională. Este clar că în ceea ce priveşte protecţia drepturilor şi libertăţilor constituţionale instanţele trebuiau să fie considerate competente să aplice direct Constituţia. Contenciosul drepturilor şi libertăţilor revine în mod natural acestora, chiar dacă instanţele nu se pot amesteca în raporturilor instituţionale. Finalitatea controlului de constituţionalitate determina deci modul de a judeca problema competenţelor în sfera justiţiei constituţionale. De altfel, este de remarcat că instanţele considerau că art. 108 din Codul penal în vigoare la acea dată nu era aplicabil decât în cazul în care instanţele ar avea de a face cu o lege care nu este contrară Constituţiei, deşi textul, copiat din Codul penal francez, pedepsea

4545 Au sau nu judecătorii noştri dreptul de a examina constituţionalitatea legilor şi la cazul când le-ar găsi abătute de la regulele constituţionale să refuză a le aplica – concluzii pentru Ministerul de interne, în proces cu Societatea de tramvai Bucureşti, Dreptul nr. 13 din 16 februarie 1912, p. 98.

[46] Tribunalele şi curţile sunt datoare să nu aplice o lege neconstituţională, Curierul Judiciar nr. 5 din 19 ianuarie 1912, p. 53.

penal pe judecătorii care ar „opri ori suspenda executarea unei legi". Astfel, Tribunalul Ilfov decidea că „este inadmisibil a se deduce din dispoziţiunile art. 108 cod penal incompetenţa puterei judecătoreşti de a aplica Constituţia şi prin urmare de a judeca constituţionalitatea legilor, căci acest text pedepseşte pe judecătorii cari s-ar amesteca în drepturile puterii legiuitoare, iar nu pe acela care având să se pronunţe între aplicarea unei dispoziţiuni constituţionale şi a unei legi ordinare care se contrazic, dă preferinţă, conform principiilor fundamentale, dispoziţiunilor constituţionale contra legilor ordinare"[47]. Curtea de Casaţie menţine această hotărâre reluând practic *ad literam* argumentul[48]. Raporturile instituţionale şi sferele de competenţă rămâneau astfel în afara controlului instanţelor, amestecul judecătorului fiind considerat infracţiune, în timp ce protecţia drepturilor şi libertăţilor, chiar contra legiuitorului, intrau în sfera de competenţă a instanţelor.

F. Constituţionalizarea tradiţiilor democratice ale poporului roman şi principiile jurisprudenţei antebelice

Constituţia României dispune, urmare a revizuirii din 2003, că valorile supreme şi caracterele statului român vor fi interpretate în sensul tradiţiilor democratice ale poporului român. Cum am arătat, această constituţionalizare a tradiţiilor democratice are ca efect impunerea interpretării istorice a dispoziţiilor constituţionale privind drepturile şi libertăţile persoanelor. Garanţiile instituite pentru protecţia drepturilor nu pot fi însă separate de substanţa drepturilor. Ideea este evident îmbrăţişată de constituant atunci când dispune cu privire la limitele revizuirii Constituţiei, căci art. 152(2)C prevede că „nici o revizuire nu poate fi făcută dacă are ca rezultat suprimarea drepturilor şi a libertăţilor fundamentale ale cetăţenilor sau a garanţiilor acestora". Garanţiile drepturilor şi libertăţilor fundamentale sunt astfel poziţionate pe acelaşi plan cu substanţa acestora. Interpretarea istorică devine obligatorie şi în ceea ce priveşte mijloacele de protecţie a drepturilor omului. Consecinţa este că modul

[47] Tribunalul Ilfov, Secţia II, Jurnalul 919 din 2 februarie 1912.
[48] Casaţie, Secţia I, Decizia nr. 261 din 16 martie 1912.

interpretării funcţionării acestor garanţii trebuie să fie conform tradiţiilor democratice ale poporului român. Curtea Constituţională a găsit aceste tradiţii în acte de natură constituţională, legală, administrativă şi chiar în actele revoluţionare din 1918[49].

Problema includerii jurisprudenţei relevante a instanţelor române în sfera actelor din care rezultă aceste tradiţii democratice nu poate fi pusă sub semnul întrebării. Cu alte cuvinte, modul de interpretare a repartiţiei competenţelor de justiţie constituţională între instanţa specializată şi instanţele ordinare în raport de distingerea validităţii normei legale de conformitatea ei cu Constituţia, rezolvat în jurisprudenţa antebelică în sensul acordării competenţei tuturor instanţelor ordinare de a controla validitatea normei, atât în prezenţa unui control de constituţionalitate difuz cât şi în cazul concentrării controlului în competenţa unei instanţe unice, trebuie să fie ţinut ca făcând parte din tradiţiile democratice ale poporului român şi deci să fie interpretat ca obligatoriu în baza art. 1(3)C. De asemenea, aplicarea directă a dispoziţiilor constituţionale de către instanţele ordinare, atunci când este vorba de protecţia drepturilor şi libertăţilor persoanelor, constituie o tradiţie democratică a poporului român.

§2. Slaba distingere a controlului de validitate de cel de conformitate în doctrina şi jurisprudenţa actuală

Problema distingerii validităţii normei de conformitatea ei cu Constituţia nu este la fel de clar evidenţiată de doctrina şi jurisprudenţa ulterioare Revoluţiei din 1989. Totuşi, câteva elemente ale distincţiei sunt puse în valoare şi în această perioadă, atât în doctrina juridică, cât şi în jurisprudenţă. Consecinţele acestei distincţii în materia repartiţiei competenţelor de justiţie constituţională sunt însă vag conturate. Voi analiza mai întâi câteva probleme ridicate de doctrină, apoi jurisprudenţa Curţii Constituţionale.

A. Teoria juridică românească post-revoluţionară

49

Teoria juridică de după 1989 a preluat cu greu distincţia validitate/conformitate pentru că, aşa cum am arătat în prima parte a studiului, înţelegerea ierarhiei normative a fost una destul de confuză. Chiar atunci când ea este conştientizată, consecinţele distincţiei nu sunt foarte bine conturate.

Problema s-a pus mai întâi în ceea ce priveşte raportarea la Constituţia din 1991 a normelor intrate în vigoare înaintea acesteia. În mai multe studii succesive, profesorul Mihai Constantinescu[50], mai întâi singur, apoi împreună cu Margareta Berzescu[51] şi cu profesorul Ioan Muraru[52], punea în valoare distincţia validitate/conformitate, pornind de la teoria ierarhiei normative dezvoltată de Hans Kelsen.

Astfel, el susţinea că „relaţia dintre constituţie şi normele anterioare este de recepţionare a ordinii juridice preconstituţionale de către noua ordine constituţională, în condiţiile în care fundamentul acesteia din urmă nu poate fi decât textul legii sale fundamentale; în măsura în care nu sunt contrare noii constituţii, conţinutul normelor preconstituţionale nu se schimbă, dar fundamentul validităţii lor este altul, pentru că fundamentul validităţii ordinii juridice în întregul ei s-a schimbat”[53]. Constituantul a rezolvat de principiu această validare a normelor anterioare Constituţiei prin art. 150(1) (actualul art. 154), potrivit căruia „legile şi toate celelalte acte normative rămân în vigoare, în măsura în care ele nu contravin prezentei Constituţii”.

Consecinţa pe care autorul o trage în materia care ne interesează în acest studiu, cea a competenţei, este că aceasta „aparţine ..., în plenitudinea ei, instanţei judecătoreşti şi, în subsidiar, când aceasta a apreciat că legea nu este abrogată, Curţii Constituţionale”[54]. Se făcea astfel distincţia dintre validitatea şi conformitatea normei, se indica faptul că problema validităţii trebuie decisă

[50] Competenţa Curţii Constituţionale cu privire la legile anterioare intrării în vigoare a Constituţiei României, Dreptul nr. 3/1993, p. 3-6.

[51] Controlul constituţionalităţii şi legile anterioare Constituţiei României, Dreptul nr. 1/1994, p. 33-43.

[52] Controlul constituţionalităţii şi legile anterioare Constituţiei României, Dreptul nr. 2/1995, p. 3-9.

[53] Mihai Constantinescu, 1993, p. 3.

[54] Mihai Constantinescu, Margareta Berzescu, op, cit. P. 37.

înaintea celei a conformităţii şi că validitatea normei trebuie judecată de instanţa ordinară, iar conformitatea cu legea fundamentală de către instanţa specializată. De altfel, problema care se pusese în practică era dacă instanţa constituţională are competenţa de a judeca constituţionalitatea unei norme anterioare Constituţiei, problema competenţei instanţelor ordinare nefiind pusă de nimeni sub semnul întrebării.

Din nefericire, nici profesorul Constantinescu, nici alţi teoreticieni sau practica judiciară nu au făcut o generalizare a soluţiei, decizând că judecarea tuturor problemelor de validitate este în comptenţa instanţelor ordinare. Fiind tributari unei înţelegeri parţiale a problemei, juriştii români s-au rezumat la tema validării normelor preconstituţionale de către noua ordine constituţională, fără a înţelege că validitatea normelor post-constituţionale trebuie să fie decisă în acelaşi fel. Problema validităţii era pusă astfel doar cu privire la normele anterioare Constituţiei, nu şi la cele introduse în sistem după intrarea în vigoare a acesteia, ea fiind redusă, prin amputarea teoriei lui Kelsen, la receptarea normelor existente şi părând fără aplicare în procesul de validare al normelor noi. Aceasta pentru că problema validării normelor anterioare este gândită în termeni valorici, pornind de la schimbarea finalităţii sistemului, în timp ce problema validităţii normelor post-constituţionale este una strict procedurală.

B. Jurisprudenţa Curţii Constituţionale

Curtea Constituţională a urmat iniţial aceeaşi cale. Decizând asupra normelor preconstituţionale, ea a considerat că[55] „instanţa de judecată, în scopul aplicării unei dispoziţii legale anterioare intrării în vigoare a Constituţiei, este obligată ca, în prealabil, pentru a stabili dacă această prevedere mai este în vigoare sau a fost abrogată, să determine măsura în care prevederea respectivă contravine Constituţiei. În cazul în care dispoziţia legală contravine Constituţiei, ea este abrogată, în conformitate cu prevederile art.150 alin.(1) din Constituţie (...). Constatarea abrogării în cazul în care instanţa apreciază că o norma anterioară Constituţiei este contrară acesteia nu poate fi decât de

[55] Preşedintele completului era chiar domnul Mihai Constantinescu.

competenţa exclusivă a instanţei de judecată, Curtea Constituţională neputându-se substitui instanţei în stabilirea legii aplicabile litigiului. (...) Cu privire la neconstituţionalitatea dispoziţiilor art. 41 alin. 2 lit. a) din Decretul nr. 367/1971, instanţa a considerat că ele nu sunt contrare prevederilor Constituţiei şi, deci, ţinând seama de art. 150 alin. (1) din Constituţie, implicit a apreciat că sunt în vigoare. De aceea, sub acest aspect, se justifică trimiterea excepţiei Curţii Constituţionale"[56]. Cu alte cuvinte, validitatea normei preconstituţionale este apreciată de instanţa ordinară, iar Curtea nu are competenţa de a judeca problema conformităţii ei cu Constituţia decât dacă norma este validă în optica instanţei ordinare. Validitatea trebuie decisă înainte de a se putea judeca problema conformităţii.

Dar nici instanţa constituţională nu trage concluzia aplicării acestui procedeu de partajare a competenţelor şi în raport cu normele postconstituţionale. Jurisprudenţa Curţii Constituţionale a României face aplicarea distincţiei validitate/conformitate şi a dependenţei competenţei de aceasta doar în ceea ce priveşte normele preconstituţionale[57]. Cu privire la normele postconstituţionale, Curtea distinge cu greu şi inconsecvent problema validităţii normei de problema conformităţii ei. De regulă, problema pare să nu fie analizată, de vină fiind desigur şi cei care sesizează Curtea şi care nu pun problema constituţionalităţii în termenii distincţiei validitate/conformitate.

Excepţia, care ar trebui să confirme regula, dar din păcate nu a reuşit până acum să o facă, a intervenit în materia reglementării prin ordonanţă de urgenţă în domeniul exerciţiului drepturilor şi libertăţilor fundamentale. Problema s-a pus cu privire la «afectarea»[58] dreptului fundamental la muncă prin ordonanţă de urgenţă. Curtea declară ordonanţa extrinsec neconstituţională, adică lipsită de validitate, în termenii preferaţi de mine. Dar Curtea nu a reuşit să continue.

---

[56] Decizia nr. 2/1993, Publicată în Monitorul Oficial nr.35 din 16.02.1993.

[57] Vezi şi deciziile nr. 3, 5, 24, 34, 38 din 1993, Decizia nr. 27/1997, Decizia 40/2001. Deciziile sunt mult mai multe, dar ele reiau jurisprudenţa din 1993.

[58] Art. 115 alin. (6) din Constituţie: „(6) Ordonanţele de urgenţă nu pot fi adoptate în domeniul legilor constituţionale, nu pot afecta regimul instituţiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertăţile şi îndatoririle prevăzute de Constituţie, drepturile electorale şi nu pot viza măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică.

Portiţa ce a permis această inconsecvenţă este tocmai formularea ambiguă din punct de vedere juridic a art. 115(6)C, care, în loc sa interzică restrângerea prin ordonanţă de urgenţă a exerciţiului drepturilor ori libertăţilor, în terminologia consacrată prin art. 53C, introduce noţiunea de «afectare a drepturilor», noţiune care este prea fluidă şi lasă interpretului o prea mare marjă de apreciere, ceea ce o face imprevizibilă.

Judecând neconstituţională intervenţia prin ordonanţă de urgenţă în domeniul salarizării personalului din învăţământ, prin raportare la art. 115(6)C, Curtea nu face iniţial referire la neconstituţionalitatea extrinsecă, la lipsa de validitate a normei[59], dar, ulterior, prin Decizia nr. 82/2009[60] şi prin Decizia nr. 984/2009[61], care viza aceeaşi problemă, Curtea considera că, având în vedere Decizia nr. 1221 din 12 noiembrie 2008, „prin care Curtea a stabilit că neconstituţionalitatea reţinută loveşte întreaga ordonanţă de urgenţă, chiar dacă unele prevederi ale sale au fost abrogate anterior pronunţării respectivei decizii, (...) Curtea constată că ar fi discriminatoriu ca numai unele prevederi dintr-o ordonanţă de urgenţă să se aplice şi să îşi producă efectele pentru perioada de până la 30 aprilie 2009 şi celelalte care vizează perioada de după 1 mai 2009 să fie neconstituţionale şi să îşi înceteze aplicabilitatea, prin efectul unei decizii de admitere, în condiţiile în care art.I pct.2 şi 3 este lovit de acelaşi viciu de *neconstituţionalitate extrinsec* (s.n.), întrucât creşterile salariale preconizate prin Legea nr.221/2008 nu au fost acordate nici pentru anul 2008 şi nici pentru anul 2009, contrar voinţei Parlamentului. Cele reţinute fac inutilă analiza excepţiei de neconstituţionalitate în raport cu celelalte prevederi constituţionale invocate în susţinerea acesteia".

Curtea pare deci să distingă nevaliditatea unei ordonanţe de urgenţă, atrasă de nerespectarea condiţiilor şi limitelor adoptării, de conformitatea cu Constituţia a conţinutului dispoziţiilor cuprinse în aceasta. Dar, lăsând la o parte

[59] Decizia nr. 1221/2008, publicată în M. Of. nr. 804 din 2.12.2008.

[60] Publicată în M. Of. nr. 33 din 16 ianuarie 2009, Notă de Elena Mădălina Nica, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 2/2009, p. 89-90.

[61] Publicată în Monitorul Oficial nr.542 din 04.08.2009 în acelaşi sens vezi Decizia nr.984/2009, Publicată în Monitorul Oficial nr.542 din 04.08.2009.

caracterul indirect al considerentului, Curtea nu pare să conştientizeze implicaţiile acestei distincţii în materia partajării competenţei în domeniul contenciosului constituţional.

§3. Competenţa generală de a constata nevaliditatea (neconstituţionalitatea extrinsecă)

Nerespectarea procedurii de produce a normei, de introducere validă în sistemul juridic, atrage lipsa de juridicitate a normei. Consecinţa este inexistenţa juridică a normei. Procedura prin care este constatată poate fi numită excepţie de inexistenţă a normei sau de nevaliditate. Rămâne de văzut cine este competent să aplice sancţiunea şi ce valoare juridică are aceasta. Pentru a reuşi această analiză, trebuie să vedem dacă procedura constatării inexistenţei normei este sau nu distinctă de excepţia de neconstituţionalitate.

A. Modalităţile de interpretare a art. 146C privind atribuţia Curţii Constituţionale de a soluţiona excepţiile de neconstituţionalitate

Art. 146 din Constituţie reglementează competenţele Curţii Constituţionale. Cea care ne interesează deocamdată este cea normată de litera d) în următorii termeni: „hotărăşte asupra excepţiilor de neconstituţionalitate privind legile şi ordonanţele, ridicate în faţa instanţelor judecătoreşti sau de arbitraj comercial".

De regulă, această normă este interpretată în sensul instituirii unui monopol al Curţii Constituţionale asupra controlului de constituţionalitate *a posteriori*. Dar această interpretare este evident extensivă. Este adevărat că, în baza art. 146d)C, numai instanţă specială poate judeca excepţii de neconstituţionalitate. Dar acesta nu înseamnă că excepţia de neconstituţionalitate este singura procedură de judecare a neconstituţionalităţii. Interpretarea monopolistă face un salt logic nepermis. Din premisa normativă a competenţei exclusive a C.C. în procedura excepţiei de neconstituţionalitate, derivă concluzia că materia controlului de constituţionalitate *a posteriori* este un monopol al Curţii. Or, această derivare nu este logic validă. Textul se referă la o excepţie, nu la tot controlul de constituţionalitate *a posteriori*.

Aşadar, dacă admitem că mai există şi un alt tip de control de constituţionalitate *a posteriori*, distinct de procedura excepţiei de neconstituţionalitate, atunci acest control nu este în competenţa exclusivă a C.C., care nu are monopol decât asupra excepţiei de neconstituţionalitate.

B. Distingerea procedurii excepţiei de neconstituţionalitate de procedura constatării inexistenţei normei juridice

Am văzut că jurisprudenţa Curţii Constituţionale distinge, cel puţin în materia normelor preconstituţionale, excepţia lipsei de validitate a normei de excepţia de neconstituţionalitate. Curtea a statut că judecarea excepţiei de nevaliditate, care presupune un control de constituţionalitate al normei preconstituţionale, pentru a stabili dacă ea este compatibilă cu valorile noului sistem constituţional, este în competenţa exclusivă a instanţei de judecată. Pornind de la această jurisprudenţă, putem spune că există cel puţin două tipuri de control de constituţionalitate *a posteriori*: de validitate şi de conformitate. Contenciosul validităţii normei, adică cel care priveşte modul introducerii normei în sistem, este în competenţa instanţei judecătoreşti ordinare. Contenciosul de conformitate *a posteriori* este în competenţa Curţii Constituţionale, dar, cum vom vedea, doar în sensul că ea este singura care soluţionează excepţii de neconstituţionalitate.

Desigur, Curtea nu foloseşte *expresis verbis* noţiunea de excepţie de nevaliditate, dar este clar că ea afirmă că problema existenţei normei preconstituţionale în noile condiţii constituţionale, adică a receptării ei ca normă juridică validă de către noul sistem constituţional, de soluţionarea căreia depinde aplicabilitatea normei preconstituţionale în cauză, este o problemă care trebuie rezolvată de către instanţă, Curtea Constituţională fiind competentă să judece constituţionalitatea conţinutului normei preconstituţionale doar în măsura în care instanţa ordinară a considerat-o validă, deci rămasă în vigoare. Or, din punct de vedere procedural, această problemă a validităţii normei nu poate îmbrăca decât forma unei excepţii. Eu am numit-o „excepţie de nevaliditate”, dar nu denumirea contează. Important este că această excepţie implică un control de constituţionalitate, care este distinct de cel realizat pe

calea excepţiei de neconstituţionalitate.

Consecinţa nevalidităţii este inexistenţa juridică a normei. Dacă norma preconstituţională este considerată de instanţă ca nevalidă în condiţiile noului sistem constituţional, ea nu are existenţă juridică, deci nu există ca normă în noul sistem juridic, deoarece acesta are o altă normă fundamentală în baza căreia sunt validate celelalte norme. Instanţa nu decide abrogarea, ci constată inexistenţa. Abrogarea generică a normelor contrare noii Constituţii fusese făcută de art. 150(1)C. În baza acestui text, instanţa constată că norma veche nu mai există în noul sistem.

Dar această modalitate de partaj al competenţelor între instanţa ordinară şi cea specială în domeniul contenciosului constituţional al normelor este valabilă şi în cazul normelor postconstituţionale. Astfel, în cazul în care Guvernul nu îndeplineşte condiţiile de introducere a ordonanţelor în sistemul juridic, ordonanţa respectivă este inexistentă. De exemplu, lipseşte legea de abilitare în cazul ordonanţelor obişnuite. Sau ordonanţa obişnuită intervine în domeniul legii organice. Ori ordonanţei de urgenţa îi lipseşte motivarea urgenţei etc. În cazul acesta, nu se constată *neconstituţionalitatea* unei ordonanţe a guvernului, căci aceasta nu exista ca act normativ, căci nu fusese introdusă niciodată în ordinea juridică, pentru că această introducere nu putea fi făcută decât în formele constituţional prescrise, ci se constată *inexistenţa ei juridică*. Pentru a ajunge la această decizie, este necesar un control de constituţionalitate, dar acesta priveşte doar validitatea normei, nu conformitatea ei.

Din punctul de vedere al repartiţiei atribuţiilor de justiţie constituţională, art. 146d)C nu este deci în acest caz aplicabil în sensul impunerii competenţei exclusive a C.C. Orice instanţă poate constata că o manifestare de voinţă care nu respectă formele constituţionale nu a introdus valid o normă în sistem. Ceea ce ar face instanţa ordinară nu este să compare două norme între ele, deci o judecare a neconstituţionalităţii unei norme, ci să constate că nu are norma primară care să poată fi comparată cu cea secundară, constituţională. Desigur, constatarea inexistenţei normei primare implică la rândul ei o aplicare a Constituţiei, dar este vorba de îndeplinirea unei proceduri de producere a normei. Procedura, nu norma infraconstituţională este judecată prin raportare la Constituţie.

Am văzut deja că instanţele noastre de dinaintea primului război mondial făceau clar această distincţie a validităţii de conformitate şi că nimeni nu se îndoia de competenţa instanţelor judiciare de a judeca constituţionalitatea extrinsecă, deşi unii se mai îndoiau de competenţa lor de a o judeca pe cea intrinsecă. Această competenţă face parte din tradiţiile poporului român, constituind, cum se exprima Gerard Cognac, „o anterioritate românească”[62]. Este deci obligatoriu, în baza art. 1(3)C, să aplicăm această distincţie şi în actualul sistem constituţional. Totul este să încadrăm cum se cuvine excepţiile ridicate în faţa instanţei ordinare. A ridica o excepţie care implică aplicarea Constituţiei nu înseamnă automat calificarea acesteia ca excepţie de neconstituţionalitate ridicată în baza art. 146d)C. Dacă excepţia presupune invocarea inexistenţei juridice a normei din cauza nevalidităţii ei, atunci ea este o excepţie distinctă, cum bine judecau instanţele noastre antebelice, a cărei soluţionare este în competenţa instanţei ordinare înseşi.

Ceea ce rămâne de analizat este deci care sunt problemele de validitate, care atrag competenţa generală a tuturor instanţelor de a soluţiona excepţiile de nevaliditate, prin opoziţie faţă de problemele de conformitate, care atrag competenţa exclusivă a Curţii Constituţionale de soluţionare a excepţiilor de neconstituţionalitate. Eu voi detecta în acest studiu doar câteva. Am discutat deja de validitatea normelor preconstituţionale. Acum voi analiza competenţa în materia controlului validităţii legilor, distingând două probleme: cea a nerespectării procedurii de introducere al legii în sistemul juridic şi cea a încălcării de către legea ordinară a domeniului legilor organice. Apoi mă va preocupa problema normelor de abrogare, distingând după cum norma de abrogare introduce un nou conţinut normativ sau doar elimină norma veche din sistem. Voi analiza, de asemenea, controlul constituţionalităţii limitelor impuse de legea fundamentală în ceea ce priveşte delegarea legislativă şi adoptarea ordonanţelor de urgenţă. O altă întrebare care mă va preocupa este dacă problema neretroactivităţii este o problemă de validitate. Voi încheia cu analiza competenţei în materia controlului validităţii constituţionale a actelor infralegislative.

62

§4. Problemele de validitate a legii

Pentru ca legea să fie validă, ea trebuie să respecte procedura de producere a acestui tip de act normativ stabilită în Constituţie. Dacă, de exemplu, legea nu este votată de una dintre Camere, nu este validă. Sau dacă lipseşte actul de promulgare. Ori dacă promulgarea este făcută printr-un act nevalid: de exemplu, ea este promulgată înaintea scurgerii termenului de sesizare a Curţii Constituţionale. În toate aceste situaţii, competenţa constatării nevalidităţii legii aparţine instanţelor ordinare, căci actul normativ nu există din punct de vedere juridic.

Problema pare mai nuanţată atunci când este vorba de o lege ordinară care încalcă domeniile rezervate art.73(3)C legii organice. De fapt, este tot o problemă de validitate. Legea a fost votată cu o altă majoritate decât cea cerută de Constituţie, deci nu a fost valid introdusă în sistem. Fiind vorba de o problemă de constituţionalitate extrinsecă, această carenţă de formă a legii atrage competenţa tuturor instanţelor. Determinarea domeniului de reglementare pe care legea îl vizează şi încadrarea acestuia în domeniul legilor organice sau ordinare este o problemă de interpretare a legii, care este de asemenea în competenţa instanţelor ordinare şi care, oricum, este subsecventă aprecierii procedurii introducerii normei în sistem. De altfel, cum am văzut la începutul acestei secţiuni, instanţele au considerat încă înainte de primul război mondial că problema interpretării conţinutului normelor constituţionale însele nu este o problemă de control de constituţionalitate, ci una de interpretare, care este de competenţa lor.

§5. Competenţa controlului actului de abrogare versus competenţa controlului conţinutului normelor de abrogare

Abrogarea unei norme de natură legislativă printr-o normă constituţională este reglementată de art. 154(1)C (art. 151C înainte de revizuirea din 2003). Instanţele ordinare şi C.C. au făcut distincţia judecării validităţii normei preconstituţionale, problema receptării ei în noul sistem constituţional, de

controlul conformităţii ei cu Constituţia, care intervine ulterior, doar dacă norma este validată, deci rămâne în vigoare. Judecarea validităţii este de competenţa instanţelor ordinare; judecarea conformităţii, de competenţa C.C. Dar abrogarea printr-o lege a unei alte legi în sistemul constituţional actual nu pune la rândul ei problema validităţii şi apoi a conformităţii? Eu cred că da.

Dacă norma de abrogare nu respectă procedura constituţională, atunci ea nu este validă, deci este inexistentă. Şi este de competenţa instanţelor ordinare, nu a C.C., să soluţioneze problema validităţii abrogării. Dacă, de exemplu, norma nouă este adoptată fără existenţa cvorumului, atunci este de competenţa instanţei ordinare, nu a C.C., să decidă dacă norma a fost valid introdusă în sistem. În sistemul nostru problema a fost pusă cu privire la Legea pensiilor, adoptată, în opinia autorilor obiecţiei de neconstituţionalitate care a fost judecată de C.C. prin Decizia nr. , în lipsa cvorumului în şedinţa Camerei. Dar nu era de competenţa C.C. să judece problema, căci nu era vorba de constituţionalitatea intrinsecă a normei, ci de respectarea procedurii de producere a normei noi, deci de validitatea introducerii ei ca normă juridică în sistem. Dacă norma nu a fost votată potrivit procedurii constituţionale, ea este inexistentă. Şi este de competenţa instanţei ordinare să constate inexistenţa. Faptul că a intervenit o decizie a C.C. nu schimbă datele problemei. Instanţa ordinară este în continuare competentă să decidă că legea nu a fost niciodată valid introdusă în sistemul juridic, deoarece C.C. nu este competentă să introducă ea o normă în sistem, transformându-se în legiuitor pozitiv.

O altă situaţie de nevaliditate a normei de abrogare este cea în care actul care pretinde abrogarea este inferior ierarhic actului abrogat. Problema ierarhiei normative este, într-adevăr, una de constituţionalitate. Dar această constituţionalitate este extrinsecă. Când norma care pretinde abrogarea este infralegislativă, atunci este clar, chiar în baza jurisprudenţei C.C., că instanţa ordinară este competentă să judece validitatea abrogării. Dar sistemul nostru constituţional ierarhizează şi normele de natură legislativă. Astfel, legile organice sunt formal superioare legilor ordinare. Această superioritate formală a legilor organice este dată de procedura de adoptare cu majoritate absolută. Dacă legea abrogatoare a unei legi organice este adoptată în forma unei legi ordinare, deci cu majoritate simplă, atunci judecarea constituţionalităţii abrogării este o

problemă de producere a normei, deci de validitate. Ea este deci în competenţa instanţei ordinare. Este adevărat că judecarea acestei probleme implică analiza încadrării fondului reglementării vechi în materiile rezervate de Constituţie legii organice, dar această analiză substanţială este subordonată distincţiei procedurale. Numai pentru a decide procedura ce trebuie urmată cu prilejul abrogării, trebuie calificată norma legală în raport cu art. 73(3)C.

O situaţie de validitate se iveşte şi atunci când abrogarea este implicită. Cine decide dacă norma anterioară este contrară normei posterioare nu cred că poate comporta vreo discuţie. Dacă se pune problema constituţionalităţii normei anterioare, instanţa ordinară este cea care decide dacă norma mai este în vigoare şi doar apoi problema controlului conţinutului ei poate fi pusă.

O altă situaţie de validitate este dependentă de tipul abrogării. Dacă abrogarea nu înlocuieşte conţinutul normei abrogate cu un alt ordin, ci este o abrogare care doar exclude norma din sistem, atunci dereglementarea nu atrage competenţa C.C. de judecare a constituţionalităţii abrogării. Efectele acestei abrogări sunt o problemă ce trebuie judecată de instanţele ordinare. C.C. crede că ea poate decide în acest tip de caz de abrogare şi poate determina efectele propriei decizii, constatând că prin declararea neconstituţionalităţii abrogării repune în vigoare norma abrogată[63]. Î.C.C.J. este de altă părere. Astfel, Secţia penală a instanţei supreme decidea de curând că, deşi este adevărat că, prin Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007, Curtea Constituţională a decis că dispoziţiile de abrogare sunt neconstituţionale, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie apreciază că prin această decizie Curtea Constituţională nu poate deveni legislator pozitiv, iar dispoziţiile abrogate de legiuitor nu reintră automat în vigoare odată cu adoptarea deciziei. Pentru ca dispoziţiile legale referitoare la infracţiunile de insultă şi calomnie să reintre în vigoare este nevoie de acţiunea legiuitorului, singurul care poate stabili ce fapte intră în sfera penalului şi devin infracţiuni[64]. Instanţa ordinară face astfel distincţia cuvenită între judecarea

[63] Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007. Pentru critica acestui considerent vezi D.C. Dănişor, S. Răduleţu

[64] *Î.C.C.J., Secţia penală, decizia nr. 2203 din 4 iunie 2010, comentariu Elena Mădălina Nica, Pandectele Române nr. 1/2011.*

problemei abrogării normei, care este de competenţa sa, căci este vorba de judecarea procedurii de introducere a normei în sistem, care în cazul dat presupunea obligatoriu intervenţia Parlamentului, care nu a intervenit, şi problema constituţionalităţii intrinseci a noului conţinut normativ introdus prin norma de abrogare, care este de competenţa C.C. Când nu există un astfel de conţinut normativ nou, C.C. nu poate să judece constituţionalitatea normei de abrogare şi cu atât mai puţin să dispună repunerea în vigoare a normelor abrogate. Ceea ce este foarte important, din unghiul de vedere al acestui studiu, este că validarea normei este clar distinsă de către Î.C.C.J. de conformitatea ei. C.C. nu poate valida sau invalida norma, iar decizia sa în acest sens nu se impune în niciun fel instanţelor ordinare. Ele rămân competente să judece dacă norma este validă sau nu, indiferent de ce decide C.C.

Această soluţie are valoare de principiu, ceea ce înseamnă că dacă problema controlului normei legale se pune în alt cadru procesual decât cel al excepţiei de neconstituţionalitate, de exemplu în cadrul unei excepţii de neconvenţionalitate, instanţa ordinară nu este ţinută de considerentele C.C. cu privire la compatibilitatea normelor legale cu cele convenţionale. De altfel, unele instanţe au devenit conştiente de acest lucru. Astfel, Judecătoria Craiova decidea de curând că nu este ţinută de decizia C.C. prin care norma legală era considerată conformă C.E.D.O.[65]

§6. Limitele constituţionale ale competenţei de a adopta ordonanţe şi controlul respectării acestora

Constituţia României revizuită stabileşte limitele posibilităţii de a delega funcţia legislativă către Guvern şi limitele posibilităţii de a adopta ordonanţe de urgenţă în art. 115[66]. Problema care trebuie tranşată din punctul de vedere al

[65] *Judecătoria Craiova, secţia civilă, sentinţa civilă nr. 20039 din 6 decembrie 2010*

[66] **Delegarea legislativă**
(1) Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanţe în domenii care nu fac obiectul legilor organice.
(2) Legea de abilitare va stabili, în mod obligatoriu, domeniul şi data până la care se pot emite ordonanţe.

prezentului studiu este dacă încălcarea acestor limite este o problemă de validitate sau de conformitate şi, în consecinţă, care este instanţa competentă să judece încălcarea lor.

A Limitele reglementării prin ordonanţă obişnuită

Primul set de limite priveşte ordonanţele obişnuite. Astfel, 115(1)C dispune că „Parlamentul poate adopta o lege specială de abilitare a Guvernului pentru a emite ordonanţe în domenii care nu fac obiectul legilor organice". Existenţa sau inexistenţa legii de abilitare este, în mod vădit, o problemă de validitate a ordonanţei. Astfel, dacă Guvernul adoptă o ordonanţă obişnuită fără abilitare, ordonanţa nu este validă. Competenţa de a decide nevaliditatea aparţine instanţelor ordinare. Ceea ce constată instanţa este că ordonanţa nu există din punct de vedere juridic, deoarece nu a fost respectată procedura de introducere a

(3) Dacă legea de abilitare o cere, ordonanţele se supun aprobării Parlamentului, potrivit procedurii legislative, până la împlinirea termenului de abilitare. Nerespectarea termenului atrage încetarea efectelor ordonanţei.
(4) Guvernul poate adopta ordonanţe de urgenţă numai în situaţii extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligaţia de a motiva urgenţa în cuprinsul acestora.
(5) Ordonanţa de urgenţă intră în vigoare numai după depunerea sa spre dezbatere în procedură de urgenţă la Camera competentă să fie sesizată şi după publicarea ei în Monitorul Oficial al României. Camerele, dacă nu se află în sesiune, se convoacă în mod obligatoriu în 5 zile de la depunere sau, după caz, de la trimitere. Dacă în termen de cel mult 30 de zile de la depunere, Camera sesizată nu se pronunţă asupra ordonanţei, aceasta este considerată adoptată şi se trimite celeilalte Camere care decide de asemenea în procedură de urgenţă. Ordonanţa de urgenţă cuprinzând norme de natura legii organice se aprobă cu majoritatea prevăzută la articolul 76 alineatul (1).
(6) Ordonanţele de urgenţă nu pot fi adoptate în domeniul legilor constituţionale, nu pot afecta regimul instituţiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertăţile şi îndatoririle prevăzute de Constituţie, drepturile electorale şi nu pot viza măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică.
(7) Ordonanţele cu care Parlamentul a fost sesizat se aprobă sau se resping printr-o lege în care vor fi cuprinse şi ordonanţele ale căror efecte au încetat potrivit alineatului (3).
(8) Prin legea de aprobare sau de respingere se vor reglementa, dacă este cazul, măsurile necesare cu privire la efectele juridice produse pe perioada de aplicare a ordonanţei.

unei astfel de reglementări în sistemul juridic.

Un argument suplimentar pentru o astfel de interpretare este că ordonanţa nu poate fi controlată din punctul de vedere al constituţionalităţii înainte de intrarea ei în vigoare, iar controlul ulterior pe calea excepţiei de neconstituţionalitate presupune ca un drept sau o libertate fundamentale să fie încălcate de dispoziţiile ordonanţei şi dispoziţiile contestate să aibă legătură cu soluţionarea cauzei aflată pe rolul instanţei ordinare, în sensul art. 29(1) din Legea nr. 47/1992. Or, aceasta presupune că, dacă singurul control ar fi cel pe calea excepţiei de neconstituţionalitate, s-ar trece direct la analiza conformităţii conţinutului ordonanţei cu Constituţia, iar problema validităţii, ridicată de lipsa abilitării, nu ar putea fi direct invocată. Dacă instanţa ordinară nu ar fi competentă să judece ea însăşi neconstituţionalitatea externă, datorată lipsei legii de abilitare, atunci conţinutul unei norme nevalide ar fi judecat, deşi aceasta nu este juridică. În lipsa controlului validităţii ordonanţei de către instanţa ordinară, problema validităţii ar putea fi judecată doar dacă este posibil un control al conformităţii conţinutului, ceea ce este contrar regulii generale că validitatea, deci juridicitatea normei, trebuie analizată înainte de a decide asupra fondului reglementării, deci asupra conformităţii acestuia cu Constituţia. Concluzia nu poate fi decât că instanţa ordinară este competentă să judece validitatea ordonanţei datorată lipsei legii de abilitare. Desigur, dacă instanţa ordinară sesizează C.C., aceasta din urmă este competentă să judece la rândul ei validitatea normei. Dar ceea ce vreau să subliniez este că nu este necesară sesizarea Curţii. Pot spune că nici nu este preferabilă, având în vedere slaba distingere a problemei validităţii de cea a conformităţii în jurisprudenţa acesteia.

Delegarea legislativă nu poate opera în domeniul legilor organice. Deci, ordonanţele obişnuite nu pot reglementa în domeniile rezervate acestui tip de lege. Pentru a aprecia dacă o astfel de ordonanţă este valid introdusă în sistemul juridic, trebuie deci stabilit domeniul ei de reglementare. Condiţia de validitate este impusă de textul constituţional atât legii de abilitare cât şi ordonanţei într-o manieră imperativă. Parlamentul *nu poate* delega funcţia legislativă, iar guvernul *nu poate* reglementa prin ordonanţă obişnuită în acest domeniu. Determinarea obiectului reglementării şi încadrarea acestuia în domeniul legilor

ordinare sau organice este de competenţa instanţei. Deci, tot instanţa va decide dacă limita reglementării prin ordonanţă este respectată, căci problema este una de validitate: parlamentul şi guvernul *nu pot delega*, respectiv *reglementa* prin acest tip de ordonanţă în domeniul legilor organice, nefiind vorba de raportarea conţinutului reglementării la drepturile fundamentale care ar putea fi afectate, ci de respectarea procedurii de producere a ordonanţei. Dacă ordonanţa intervine în domeniile interzise, ea nu este valid produsă: nu poate exista. Aşadar, dacă limita este depăşită, ordonanţa nu există valid din punct de vedere juridic. Iar nevaliditatea trebuie constatată de către instanţa ordinară.

Potrivit art. 151(2)C, „legea de abilitare va stabili, în mod obligatoriu, domeniul şi data până la care se pot emite ordonanţe". Această reglementare poate ridica trei probleme, care pot fi calificate ca probleme de validitate. Prima situaţie este cea în care legea de abilitare nu prevede domeniul sau data până la care se pot emite ordonanţe. După părerea mea, lipsa unuia sau a celor două elemente ale legii de abilitare, imperativ cerute de textul constituţional, atrage nevaliditatea ordonanţelor adoptate în baza ei. S-ar putea obiecta faţă de acest raţionament că legea de abilitare este cea care trebuie declarată neconstituţională. Dar soluţia nu poate fi viabilă în condiţiile în care normele care au incidenţă în cauza aflată pe rolul instanţei ordinare sunt cele din ordonanţă şi deci numai cu privire la ele se poate ridica excepţia de neconstituţionalitate. Norma de abilitare nu cuprinde reglementari directe ale comportamentelor subiecţilor de drept, aşa că ea nu are niciodată incidenţă într-o cauză aflată pe rolul instanţei. Ca şi în cazul analizat anterior, în lipsa unui control de validitate al ordonanţei, realizat de către instanţa ordinară însăşi, nedeterminarea domeniului sau duratei abilitării ar rămâne fără sancţiune directă.

A doua situaţie este cea în care guvernul depăşeşte domeniul sau durata abilitării. Problema ar putea fi considerată una de conformitate. De fapt, ea este una de determinare a normelor aplicabile în cauza dedusă judecăţii şi de validitate. Pentru a determina norma aplicabilă, adică cea din ordonanţa formal intrată în vigoare sau cea din reglementarea anterioară, instanţa trebuie mai întâi să stabilească normele aflate în conflict. Iar pentru aceasta trebuie să determine dacă ele sunt valide din punct de vedere juridic. Numai după determinarea

normelor aplicabile în cauză se poate pune problema excepţiei de neconstituţionalitate.

Pentru a determina validitatea ordonanţei din punctul de vedere al respectări domeniului sau duratei abilitării, instanţa nu o raportează la Constituţie, ci la legea de abilitare. Determinarea validităţii ordonanţei este deci o problemă de legalitate, pentru că ceea ce trebuie judecat este concordanţa ordonanţei cu legea de abilitare, nu cu Constituţia. Or, problema conflictului dintre cele două acte infralegislative este în mod natural rezolvată de către instanţa ordinară în procesul de aplicare. Aşadar, dacă instanţa ordinară consideră că, urmare a depăşirii domeniului sau duratei abilitării, stabilite prin lege, condiţii de formă cerute de Constituţie, ordonanţa nu este valid introdusă în sistemul juridic, atunci problema excepţiei de neconstituţionalitate nu se mai poate pune cu privire la conţinutul ordonanţei, căci ea nu mai este aplicabilă în cauză. În acest caz, diferenţa între excepţia de nevaliditate şi cea de neconstituţionalitate este evidentă.

În fine, a treia situaţie presupune că domeniul abilitării nu este clar determinat. Deci, formal vorbind, condiţia constituţională este îndeplinită de legea de abilitare. Desigur că legea de abilitare poate fi considerată neconstituţională, dar ea ar trebui atacată în controlul a priori. Dacă un astfel de control nu intervine, cel care va asigura interpretarea domeniului de reglementare este guvernul, în procesul ulterior de reglementare. Ordonanţele vor intra în vigoare şi doar dispoziţiile lor vor fi incidente în cauzele aflate pe rolul instanţelor, aşa că un control al constituţionalităţii legii de abilitare nu poate fi obţinut, în mod normal, pe calea excepţiei de neconstituţionalitate.

Ceea ce trebuie decis, pentru a determina corect competenţa de a judeca determinarea domeniului abilitării, este natura acestei decizii. Problema este una de interpretare a domeniului de aplicare al legii de abilitare. Nu este vorba de a controla constituţionalitatea ei, ci de a-i determina înţelesul. Dacă guvernul poate interpreta domeniul de reglementare stabilit prin legea de abilitare, atunci nu văd niciun motiv pentru care instanţa nu ar putea face acelaşi lucru. Odată interpretată judiciar norma care stabileşte domeniul abilitării, problema raporturilor dintre legea de abilitare şi ordonanţă este subsecventă determinării normei aplicabile în cauză, deci este în competenţa naturală a instanţei ordinare,

cum am arătat mai sus.

Alin. (3) al art. 115 este mult mai clar în ceea ce priveşte competenţa, căci el dispune că „dacă legea de abilitare o cere, ordonanţele se supun aprobării Parlamentului, potrivit procedurii legislative, până la împlinirea termenului de abilitare. *Nerespectarea termenului atrage încetarea efectelor ordonanţei* (s.n.)". Or, încetarea efectelor ordonanţei nu poate fi decisă decât în procesul de aplicare, de către instanţa ordinară.

B. Limitele competenţei de a adopta ordonanţe de urgenţă

Alin. (4) al art. 115 dispune că „Guvernul poate adopta ordonanţe de urgenţă numai în situaţii extraordinare a căror reglementare nu poate fi amânată, având obligaţia de a motiva urgenţa în cuprinsul acestora".

Curtea Constituţională are deja o jurisprudenţă destul de bogată în acest domeniu[67]. Desigur, odată ridicată excepţia de neconstituţionalitate, instanţa specială este competentă să judece problema. Dar, dacă aplicăm distincţia validitate/conformitate pe care am descris-o anterior, atunci calificarea condiţiilor ca ţinând de una sau alta dintre sferele constituţionalităţii dă naştere unei competenţe diferite. Astfel, dacă art. 115(4) cuprinde condiţii de validitate, atunci competenţa controlării îndeplinirii condiţiilor constituţionale aparţine instanţelor ordinare, instanţa specială intervenind, în mod normal, doar dacă instanţa ordinară consideră ordonanţa valid introdusă în sistem, deci aplicabilă în cauză. Or, eu cred că nu există dubii cu privire la faptul că suntem în prezenţa unor condiţii de validitate. De altfel, Curtea Constituţională însăşi califică aceste condiţii ca fiind de „neconstituţionalitate extrinsecă"[68].

Unele dintre condiţiile impuse de art. 115(6)C sunt, potrivit interpretării

[67] Vezi de exemplu, Decizia nr. 255 din 11 mai 2005, publicată în M. Of. nr. 511 din 16 iunie 2005; Decizia nr. 421 din 9 mai 2007, publicată în M. Of. nr. 367 din 30 mai 2007; Decizia nr. 1.008 din 7 iulie 2009, publicată în M. Of. nr. 507 din 23 iulie 2009; Decizia nr. 1.414 din 4 noiembrie 2009, publicată în M. Of. nr. 796 din 23 noiembrie 2009.

[68] Decizia nr. **1.105 din 21 septembrie 2010, publicată în M. Of. nr.** nr. 684 din 8 octombrie 2010, comentariu George Gîrleşteanu, Pandectele Române, acest număr, p. .

C.C., condiţii de validitate. Astfel, Curtea susţine[69] că din interpretarea textului constituţional se poate deduce că interdicţia adoptării de ordonanţe de urgenţă este totală şi necondiţionată atunci când menţionează că „nu pot fi adoptate în domeniul legilor constituţionale" şi că „nu pot viza măsuri de trecere silită a unor bunuri în proprietate publică". Exprimarea este clară: o ordonanţă de urgenţă care are ca obiect de reglementare una dintre cele două sfere nu există din punct de vedere juridic, deoarece este vorba de o interdicţie expresă şi imperativă de a reglementa în forma ordonanţei de urgenţă. Competenţa de a constata nevaliditatea unei astfel de ordonanţe de urgenţă aparţine instanţei ordinare. Ea constată că norma nu putea exista, deci că nu a fost niciodată introdusă în ordinea juridică.

Ordonanţele de urgenţă nu pot afecta regimul instituţiilor fundamentale ale statului, drepturile, libertăţile şi îndatoririle prevăzute de Constituţie şi drepturile electorale. Curtea Constituţională pare să creadă că, de data aceasta, este vorba de condiţii de conformitate, nu de validitate. Ea se bazează pe o înţelegere metajuridică a noţiunii de „afectare a ...". De aici concluzionează că ordonanţele de urgenţă pot introduce norme mai favorabile. În domeniile prevăzute de text, ordonanţele de urgenţă nu pot fi adoptate dacă «afectează», dacă au consecinţe negative, dar, în schimb, pot fi adoptate dacă, prin reglementările pe care le conţin, au consecinţe pozitive în domeniile în care intervin[70]. Consecinţele pozitive trebuie, desigur, să fie apreciate pornind de la conţinutul reglementării. Or, aceasta înseamnă că aprecierea raporturilor de conformitate precedă aprecierea raporturilor de validitate, ceea ce este o inversiune logică a raţionamentului. Totuşi, Curtea admite că reglementarea prin ordonanţă de urgenţă nu poate interveni dacă are consecinţe negative asupra regimului instituţiilor fundamentale ale statului, drepturilor, libertăţilor şi îndatoririlor prevăzute de Constituţie şi drepturilor electorale. Este vorba de o condiţie de validitate, chiar în optica instanţei speciale, ceea ce înseamnă că aprecierea problemei este de competenţa instanţelor ordinare.

Eu cred că utilizarea noţiunilor metajuridice, cum este cea a „afectării" sau

[69] Decizia nr. 1.189 din 6 noiembrie 2008, publicată în M. Of. nr. 787 din 25 noiembrie 2008.
[70] Vezi George Gîrleşteanu, op. cit., p.

cea a „consecinţelor pozitive", este contrară siguranţei juridice a persoanelor, care este impusă constituţional ca o consecinţă a statului de drept. Nu voi relua aici argumentele deja analizate. Ceea ce vreau să subliniez este că noţiunile utilizate de Constituţie trebuie să primească un sens juridic precis. De exemplu, când Constituţia dispune că nu pot fi afectate drepturile şi libertăţile, ea trebuie interpretată în sensul art. 53C, deci în sensul că prin ordonanţă de urgenţă nu poate fi restrâns exerciţiul drepturilor. Interpretarea este evidentă dacă avem în vedere că restrângerea acestui exerciţiu nu poate fi făcută decât prin lege, iar termenul „lege" se impune a fi interpretat în sens strict, pentru a obţine o protecţie maximală a persoanelor, impusă de interpretarea teleologică a textului constituţional. Nu este vorba aici de consecinţele pozitive sau negative, ci de interdicţia absolută de a interveni prin ordonanţă de urgenţă pentru a restrânge exerciţiul drepturilor. Aceasta este o condiţie de validitate. Dacă restrângerea este operată altfel decât prin lege, ea este neconstituţională, iar actul produs de alt organ decât Parlamentul în acest domeniu este inexistent din punct de vedere juridic. Competenţa de a judeca validitatea unui astfel de act aparţine, de asemenea, instanţelor ordinare.

La fel trebuie interpretată şi noţiunea de afectare a regimului instituţiilor fundamentale ale statului. Caracterul fundamental este dat de faptul că instituţia statului este prevăzută în Constituţie. A afecta regimul juridic are sensul precis de a reglementa în domeniul respectiv. Astfel, când dispune cu privire la domeniile legii organice, Constituţia se exprimă în următorii termeni: „Prin lege organică se reglementează: (...) h) regimul stării de mobilizare parţială sau totală a forţelor armate şi al stării de război; g) regimul stării de asediu şi al stării de urgenţă". Din acest tip de exprimare se înţelege clar că legile ordinare nu pot interveni în regimul *juridic* al stării respective, necontând, desigur, dacă intervenţia are consecinţe pozitive sau negative. Or, în cazul ordonanţelor de urgenţă este la fel: a nu afecta regimul instituţiilor statului înseamnă a nu putea interveni în domeniul *reglementării* acestora. O ordonanţă de urgenţă care intervine în acest domeniu, încălcând interdicţia, nu este validă. Competenţa constatării nevalidităţii ei aparţine instanţelor ordinare.

Alin. (5) al art. 115 dispune că: „Ordonanţa de urgenţă intră în vigoare numai după depunerea sa spre dezbatere în procedură de urgenţă la Camera

competentă să fie sesizată şi după publicarea ei în Monitorul Oficial al României. Camerele, dacă nu se află în sesiune, se convoacă în mod obligatoriu în 5 zile de la depunere sau, după caz, de la trimitere. Dacă în termen de cel mult 30 de zile de la depunere, Camera sesizată nu se pronunţă asupra ordonanţei, aceasta este considerată adoptată şi se trimite celeilalte Camere care decide de asemenea în procedură de urgenţă. Ordonanţa de urgenţă cuprinzând norme de natura legii organice se aprobă cu majoritatea prevăzută la articolul 76 alineatul (1)". Nerespectarea termenelor atrage după sine nevaliditatea ordonanţei. De asemenea votarea cu majoritate simplă a unei ordonanţe de urgenţă care cuprinde norme de natura legii organice. Competenţa constatării acestor carenţe extrinseci ale ordonanţei de urgenţă aparţine instanţei ordinare.

§7. Problema neretroactivităţii – o problemă de validitate?

Cum am văzut, problema neretroactivităţii era considerată de către instanţe, încă înainte de primul război mondial, o problemă de validitate. Datele problemei sunt mult mai clare în sistemul juridic actual, căci acesta constituţionalizează expres principiul neretroactivităţii. Normele retroactive nu pot fi valid introduse în sistemul juridic, cu excepţia legilor penale sau contravenţionale mai favorabile, care au efect retroactiv în baza Constituţiei, aşa că legiuitorul nu le poate lipsi de un astfel de efect. Problema retroactivităţii acestor norme este deci, la rândul ei, una de validitate: legiuitorul nu poate introduce valid în sistem astfel de norme fără efect retroactiv.

Ceea ce trebuie decis este competenţa de a judeca dacă o normă are sau nu caracter retroactiv. Or, această decizie priveşte determinarea normei aplicabile în cauză. Nu este vorba de a decide asupra conţinutului normei prin raportare la vreun conţinut normativ pozitiv al normei din Constituţie, ci de a determina care normă este aplicabilă în cauză, pentru că este sau nu valid introdusă în sistemul juridic, prin raportare la o interdicţie constituţională care priveşte metoda de reglementare. Faptul că neretroactivitatea este dispusă de către Constituţie nu face ca instanţa ordinară să devină necompetentă. Curtea de Casaţie decidea în 1912 că „o lege, fie interpretativă, fie nouă cu efect

retroactiv, nu poate nesocoti principiile constituţionale"[71]. Nerespectarea formelor era făcută astfel prevalentă. Nu este vorba de conţinutul legii, ci de forma introducerii ei în ordinea juridică. Acelaşi lucru trebuie să facă instanţele în sistemul constituţional actual.

În ceea ce priveşte normele penale sau contravenţionale, caracterul mai favorabil sau mai nefavorabil, de care depinde determinarea normei aplicabile în cauză, este de competenţa instanţelor ordinare. Doctrina noastră este covârşitor în favoarea determinării caracterului mai favorabil al legii penale sau contravenţionale în concret, nu în abstract[72]. Or determinarea concretă presupune competenţa exclusivă a instanţei ordinare, căci C.C. judecă norma în abstract, controlul de constituţionalitate *a posteriori* nefiind unul cu adevărat concret în România. Raportarea normei legale se face la dispoziţiile generale ale Constituţiei, nu la cazul concret. O arată faptul că efectele deciziei nu sunt *in casu* şi *inter partes*, ci *erga omnes* şi că instanţa specializată nu mai poate da decizii interpretative, care să determine modul în care instanţa ordinară trebuie să interpreteze normele supuse controlului pentru ca aplicarea lor să fie constituţională. Normele legale sunt fie constituţionale, fie neconstituţionale, ele nu pot fi judecate de C.C. în raport de circumstanţele aplicării concrete. Controlul de constituţionalitate abstract este acel tip de control care nu este exercitat pentru a rezolva un litigiu particular, deci care nu presupune rezolvarea unui conflict între două părţi, ci între două norme, independent de un conflict particular. Suntem deci în prezenţa unui control abstract când instanţa constituţională nu soluţionează o afacere determinată, ci doar compatibilitatea unei norme inferioare cu constituţia. Nu aplicabilitatea normei este judecată de instanţa constituţională, ci norma însăşi. Or, este evident că la noi exact acest lucru îl face C.C.

Dacă, deci, instanţa ordinară este singura care poate determina în concret caracterul mai favorabil sau mai nefavorabil al normei noi, atunci tot ea este cea care trebuie să judece dacă norma retroactivează sau nu, iar când efectul

[71] Casaţie, Secţia I, decizia nr. 549 din 28 iunie 1912, Curierul Judiciar nr. 64 din 7 octombrie 1912, p. 755.
[72]

retroactiv impus constituţional este interzis de legiuitor sau este făcut ineficient, să decidă că norma nouă este nevalidă.

§8. Competenţa în contenciosul constituţional al normelor infralegislative depinde de interpretarea ierarhiei normative

Curtea Constituţională ne spune că actele infralegislative nu trebuie controlate din punctul de vedere al constituţionalităţii lor, ci doar din cel al legalităţii. Această interpretare a ierarhiei normative este însă una nerealistă şi care nu ţine cont de interpretarea sistemică a tuturor dispoziţiilor constituţionale.

C.C. înţelege validarea actelor normative în trepte. Aceasta înseamnă că fiecare normă este validată şi trebuie să fie conformă doar prin raportare la norma imediat superioară în ierarhia normativă. Dar, lăsând la o parte faptul că această înţelegere a ierarhiei normative nu este singura posibilă, trebuie remarcat că ea nu numai că nu este impusă de Constituţia României, este chiar negată.

A. Nici o normă constituţională nu impune direct interpretarea ierarhiei normative ca fiind o ierarhie cu validare în trepte

CC trage concluzia validării în trepte din faptul că art. 146C îi dă competenţa expresă de a controla pe calea excepţiei de neconstituţionalitate doar acele de natură legislativă: legi şi ordonanţe. Dar acest raţionament este trunchiat. Dacă excepţia de neconstituţionalitate nu are decât acest obiect, atunci nu putem concluziona că tot controlul de constituţionalitate al normelor are acelaşi obiect. Logic este ca celelalte norme să poată fi raportate la Constituţie într-un alt cadru procesual decât al excepţiei de neconstituţionalitate. Constituţia circumscrie excepţia, nu întreg controlul.

Chiar în cadrul înţelegerii restrictive promovată de CC, nu este logic permis să concluzionăm că actele infralegislative nu pot fi raportate direct la Constituţie, decât dacă facem o altă presupoziţie nedovedită: că actele sunt calificate ca legislative sau infralegislative în funcţie de organul emitent şi nu

de funcţia statului în mod real exercitată. Dacă vrem să fim coerenţi din punct de vedere juridic, atunci calificarea actului este făcută nu în raport de organul emitent şi de denumirea actului, ci în raport de funcţia exercitată. Astfel, dacă guvernul adoptă în forma hotărârii un act de reglementare primară a comportamentelor, atunci el exercită funcţia legislativă. Actul este neconstituţional pentru că guvernul încalcă competenţa exclusivă a Parlamentului, prin hotărâre. El este contrar separaţiei puterilor în stat, dar doar pentru că în mod real este trebuie calificat ca fiind lege.

De altfel, Legea 47/1992 înseşi admite controlul constituţionalităţii actelor nelegislative subsecvente: hotărârile Parlamentului[73]. Şi, cel puţin în viziunea majorităţii judecătorilor CC, indiferent dacă acestea sunt normative sau individuale. Or, dacă sistemul admite controlul constituţionalităţii actelor subsecvente regulamentelor Parlamentului, mă întreb de ce nu ar putea admite controlul constituţionalităţii actelor subsecvente legii.

B. Art. 53C impune controlul constituţionalităţii actelor infralegislative

Constituţia neagă expres această viziune a CC asupra ierarhiei normative prin art. 53. Acesta prevede expres ca primă condiţie a restrângerii exerciţiului unor drepturi sau libertăţi că aceasta nu poate fi făcută decât prin lege. A contrario, orice restrângere care este făcută prin alt tip de act normativ, de exemplu infralegislativ est neconstituţională. Or, care este viciul actului infralegislativ care operează o restrângere a drepturilor sau libertăţilor dacă nu neconstituţionalitatea. Aplicarea art. 53C impune soluţia controlului constituţionalităţii actelor infralegislative şi neagă astfel pretenţia ecranului legislativ pe care o adoptă CC.

Mai mult, textul nu se rezumă la constituţionalitatea actelor normative. Dacă restrângerea este făcută printr-o practică administrativă, judiciară sau socială, acestea sunt neconstituţionale. Refuzând o astfel de înţelegere, CC expune persoanele la astfel de practici fără a opera nici un control, deci lipsind

73

de aplicabilitate art. 53C.

C. Partajul competenţelor de justiţie constituţională în materia actelor infralegislative

Dacă raporturile de validitate din ierarhia normativă nu mai sunt înţelese în trepte, validarea tuturor actelor sistemului juridic făcându-se prin raportare directă la Constituţie, atunci competenţele din sfera contenciosului constituţional al normelor sunt împărţite între C.C. şi instanţele ordinare. Curtea nu are competenţă exclusivă decât în procedura excepţiei de neconstituţionalitate şi în celelalte proceduri expres date în competenţa ei de art. 146C. Dar nu are competenţă exclusivă asupra controlului constituţionalităţii normelor şi, cu atât mai puţin, a practicilor. Astfel, tot ceea ce priveşte controlul care excede procedurilor stabilite expres de Constituţie ca aparţinând C.C. este de competenţa instanţelor ordinare.

Partajul competenţelor în cadrul ierarhiei cu validare directă în raport cu Constituţia a tuturor normelor este deci în favoarea instanţelor ordinare. Curtea Constituţională are doar competenţele expres date ei.

Secţiunea 3. Tipuri de contencios constituţional de conformitate şi partajul competenţelor de justiţie constituţională

Secţiunea anterioară a fost dedicată partajului competenţelor de justiţie constituţională între instanţa specializată şi instanţele ordinare în raport de distingerea validităţii normei de conformitatea ei cu Constituţia. Acum mă voi apleca asupra repartizării competenţelor în domeniul contenciosului constituţional de conformitate, pornind de la distingerea contenciosului constituţional al normelor de contenciosul constituţional al drepturilor şi libertăţilor, pe care am analizat-o de principiu în prima parte a acestui capitol.

Contenciosul constituţional al libertăţilor este sistemul de garantare a libertăţii individuale, înţeleasă în sensul foarte larg analizat în prima secţiune a acestui capitol. Dacă luăm în considerare acest sens al contenciosului constituţional, a reduce justiţia constituţională la controlul constituţionalităţii

legilor, cum din păcate se întâmplă prea adesea în sistemul nostru constituţional, şi, ca o consecinţă, a afirma o competenţă exclusivă a Curţii Constituţionale asupra atribuţiilor de justiţie constituţională, nu este doar ilogic, ci şi foarte periculos, pentru că această pretenţie de exclusivitate trădează o atitudine fundamental totalitară. Instanţele ordinare au competenţa de a aplica direct Constituţia pentru a garanta libertatea persoanelor. Ele sunt garantul natural al libertăţilor şi drepturilor pe care Constituţia noastră le numeşte fundamentale. Iar aplicarea directă a Legii fundamentale presupune eliminarea normei legale de la aplicare pentru a proteja drepturile, operaţie în cadrul căreia instanţa ordinară raportează conţinutul normei legale la cea constituţională, dar nu pentru a obţine eliminarea primeia din ordinea juridică, ci pentru a proteja persoana. Este ilogic ca instanţele ordinare să poată opera eliminarea normelor legale de la aplicare cu efecte *inter partes* aplicând direct tratatele internaţionale privind drepturile omului şi să nu poată face aceeaşi operaţiune aplicând direct dispoziţiile constituţionale care protejează drepturile şi libertăţile, deşi acestea au acelaşi conţinut substanţial.

Deosebit de relevantă pentru confuzia între contenciosul constituţional al normelor şi cel al libertăţilor este problema normelor de natură legislativă ieşite formal din vigoare, pe care C.C. refuză să le mai controleze prin raportare la Constituţie[74], şi care sunt în continuare aplicabile de către instanţe, care trebuie să aleagă norma aplicabilă în cauză, raportând în continuare norma legală abrogată la Constituţie. De asemenea, o problemă relevantă din unghiul de vedere al distincţiei arătate este cea a practicilor administrative, sociale şi chiar judiciare care pot opera restrângeri ale exerciţiului drepturilor şi libertăţilor persoanelor şi pe care C.C. nu le ia în calcul din acelaşi motiv structural: confuzia contenciosului drepturilor şi libertăţilor cu contenciosul normelor, care o conduce la a ignora orice mecanism liberticid dacă acesta nu este unul care operează prin norme primare.

Pe de altă parte, atribuţiile instanţelor ordinare în domeniul contenciosului constituţional de conformitate al normelor însuşi nu trebuie nici ele neglijate, căci impunerea deciziilor Curţii Constituţionale, obligatorii *erga omnes*

74

conform Constituţiei, este în competenţa lor, instanţa specializată nefăcând decât să declanşeze procedura eliminării acestora din sistem.

§1. Instanţele ordinare au competenţa de a aplica direct Constituţia pentru a proteja drepturile şi libertăţile

Cum am văzut deja, instanţele noastre antebelice stabileau cu claritate care norme constituţionale sunt direct aplicabile şi care nu. Astfel, instanţa supremă arăta: „Constituţiunea noastră nu stabileşte numai precepte vagi de drept public, care să servească de indicaţii puterii legiuitoare la alcătuirea legilor şi care n-ar fi susceptibile de nici o aplicaţiune; (...) ea recunoaşte încă şi anumite drepturi pe care le precizează prin dispoziţiuni pozitive". Tribunalele, „pe baza atribuţiunii ce au de a aplica legile la conflictele dintre părţi, (...) în mod constant au ţinut seamă de aceste dispoziţiuni constituţionale şi (...) au interpretat şi aplicat diferite texte din Constituţiune, texte care n-ar avea nici o raţiune de a exista dacă aplicarea lor ar fi oprită judecătorilor"[75]. Curtea stabilea prin această jurisprudenţă că instanţele ordinare sunt competente să aplice direct textele constituţionale privind drepturile şi libertăţile persoanelor, chiar dacă nu se pot amesteca în raporturile dintre puterile statului şi nu pot aplica direct normele constituţionale care privesc obiectivele de natură constituţională sau sunt simple indicaţii de politică generală date legislativului. Ea făcea astfel distincţia între contenciosul libertăţilor şi celelalte forme de contencios constituţional.

Astăzi, instanţele par să îşi fi uitat jurisprudenţa. Ele refuză constant să aplice direct dispoziţiile constituţionale privind drepturile şi libertăţile, deşi îşi recunosc competenţa de a aplica direct tratatele privind drepturile omului, care, de cele mai multe ori, au aceeaşi substanţă, ceea ce reprezintă un ilogism[76].

[75] Casaţie, Secţia I, Decizia nr. 261 din 16 martie 1912, citată din Pandectele Române, partea I, 5/ 1923, p. 71-73.

[76] Vezi, de exemplu, *Judecătoria Craiova, secţia civilă, sentinţa civilă nr. 20039 din 6 decembrie 2010*, care, deşi remarcabilă ca argumentare în materia controlului de convenţionalitate şi eliminând interpretarea dată de C.C. în acest domeniu, afirmă totuşi

Curtea Constituţională refuză, la rândul ei, instanţelor ordinare dreptul de a aplica direct Constituţia, pentru că reduce contenciosul constituţional la contenciosul normelor. Ea îşi afirmă competenţa exclusivă printr-o interpretare extensivă a textelor constituţionale, neînţelegând că acestea nu îi dau exclusivitate decât asupra contenciosului care vizează eliminarea normei neconstituţionale din sistem, nu şi asupra determinării normei aplicabile în cauzele aflate pe rolul instanţelor ordinare.

A. Ilogismul refuzului aplicării directe a Constituţiei, în condiţiile admiterii aplicării directe a tratatelor privind drepturile omului

Art. 20(2)C dispune că „dacă există neconcordanţe între pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, şi legile interne, au prioritate reglementările internaţionale, cu excepţia cazului în care Constituţia sau legile interne conţin dispoziţii mai favorabile". Alegerea uneia dintre cele două categorii de norme pentru aplicarea ei în cauză este în competenţa instanţelor ordinare. Pentru aceasta instanţele procedează la un „control de convenţionalitate". Ele elimină cu efecte *inter partes* norma care este mai puţin favorabilă persoanei. Din păcate, noţiunea de control de convenţionalitate este însă definită intuitiv prin raportare la contenciosul normelor, nu la contenciosul libertăţilor. Instanţa, în această viziune, controlează normele. De fapt ele doar verifică protecţia asigurată de fiecare normă persoanei, alegând-o pe cea mai favorabilă. Nu este vorba de raportarea normelor una la alta, ci de raportarea ambelor norme la drepturile şi libertăţile persoanelor. De fapt, nu este vorba de un *control* de convenţionalitate, ci de un *contencios* convenţional, în cadrul căruia instanţa protejează drepturile personei prin aplicarea directă a tratatului. Eliminarea normei de la aplicare este subsecventă protejarii drepturilor şi libertăţilor.

Definirea alegerii normei aplicabile ca un „control al normei" se răsfrânge apoi în modul de înţelegere al problemei aplicării directe a Constituţiei de către

monopolul C.C. asupra aplicării Constituţiei, PR nr. 4/2011, comentariu de Dragoş-Alexandru Efrim şi Ciprian Ionuţ Cioroianu .

instanţele ordinare pentru a proteja drepturile persoanei: operaţiunea este înţeleasă ca un control de constituţionalitate al normei legale. Or, de fapt, ca şi în cazul alegerii între tratat şi lege, este vorba nu de raportarea normelor unele la altele, deci de un control al constituţionalităţii legii, ci de raportarea ambelor norme la drepturile persoanei pentru a determina norma care o protejează mai adecvat.

Instanţele noastre ordinare au înţeles că trebuie să aplice art. 20C. În baza acestuia, ele dau prioritate tratatelor internaţionale privind drepturile omului în raport cu legile interne contrare acestora. Din păcate, ele îşi înţeleg competenţa ca pe un control al normelor, creând confuzia pe care o arătam mai sus, pornită, desigur, din confundarea contenciosului normelor cu cel al libertăţilor. Pe de altă parte, mai sunt încă două probleme pe care ele nu le sesizează. Prima se referă la identitatea substanţială în materia drepturilor şi libertăţilor a dispoziţiilor din aceste tratate şi a celor constituţionale. Cea de a doua se referă la faptul că ele trebuie să judece caracterul mai favorabil sau mai puţin favorabil al acestor dispoziţii, ceea ce implică o judecată a acestora în raport de finalitatea sistemului constituţional, deci un control al legii şi al tratatului în raport de obiectivele şi valorile constituţionale.

a. Identitatea substanţială a drepturilor convenţionale şi a celor constituţionale

Ce diferenţă de substanţă există între, să spunem, egalitatea prevăzută de art. 14 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi egalitatea prevăzută de art. 4 şi 16 din Constituţia României? În mod evident, nici una. Şi atunci, de ce instanţele pot aplica direct Convenţia contra legilor care nu sunt conforme cu ea, eliminându-le pe acestea din urmă de la aplicare, şi nu ar putea aplica direct Constituţia, pentru a obţine acelaşi rezultat? Eu cred că nu există nici un motiv raţional. De fapt, ceea ce le împiedică este presupoziţia că C.C. are exclusivitate asupra aplicării Constituţiei. Or această pretenţie este aberantă. Legea fundamentală este general obligatorie. Ea se impune instanţelor, ca şi C.C.. Ea trebuie aplicată de către toate instanţele. Ceea ce nu ar putea face instanţa ordinară este să elimine, cu efecte *erga omnes*, legea din sistem. Dar ea poate determina norma aplicabilă în cauză, eliminând, cu efecte *inter partes*, norma

legală în favoarea celei constituţionale, care garantează libertăţile sau drepturile persoanelor, aşa cum face aceeaşi operaţiune când alege să aplice norma convenţională şi să elimine de la aplicare, cu efecte *inter partes*, legea contrară mai puţin favorabilă.

b. Aprecierea caracterului mai favorabil al normei

Revizuirea constituţională din 2003 a modificat art. 20(2)C. Dacă există neconcordanţe între pactele şi tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, şi legile interne, au prioritate reglementările internaţionale, cu excepţia cazului în care Constituţia sau legile interne conţin dispoziţii mai favorabile. Aprecierea caracterului mai favorabil al uneia dintre dispoziţii este în competenţa instanţelor ordinare, fiind subsecventă determinării normei aplicabile. Or, textul se referă expres şi la interpretarea Constituţiei. Chiar aceasta devine inaplicabilă dacă dispoziţiile sale sunt mai puţin favorabile decât cele convenţionale. Şi este clar că această interpretare a Constituţiei este în competenţa aceloraşi instanţe. Pe de altă parte, apreciind caracterul mai favorabil al legii sau tratatului, instanţa trebuie să le raporteze la protecţia persoanei, deci să interpreteze şi să aplice dispoziţiile constituţionale care o asigură. Vedem, aşadar, că dispoziţia constituţională nu numai că permite instanţelor ordinare să interpreteze şi să aplice dispoziţiile constituţionale care asigură protecţia persoanelor, ci le *obligă*.

B. Refuzul C.C. de a acorda instanţelor ordinare competenţa de a aplica direct Constituţia

Cu toate acestea, C.C. refuză instanţelor ordinare orice competenţă de a aplica direct dispoziţiile constituţionale referitoare la drepturile şi libertăţile fundamentale. Ea consideră că o astfel de aplicare ar face din instanţele ordinare organe de control al constituţionalităţii legii, atribuţie ce îi este dată expres doar ei. Confuzia este evidentă: Curtea reduce contenciosul constituţional la contenciosul normelor. Or instanţa ordinară nu judecă norma, ci protejează persoana, prin determinarea normei aplicabile în cauză. Sigur că, procedând astfel, ea determină înţelesul celor două norme şi dă prioritate uneia, dar doar în

ceea ce priveşte aplicarea lor, nu în ceea ce priveşte eliminarea din sistemul juridic a uneia dintre ele. Ea face aceeaşi operaţiune ca atunci când, interpretând tratatul şi legea, dă prioritate tratatului. Finalitatea controlului este cea care determină competenţele. Când finalitatea este eliminarea normei din sistem, competenţa aparţine C.C., când finalitatea este determinarea normei aplicabile pentru a proteja adecvat persoana, competenţa aparţine instanţei ordinare. C.C. însăşi a făcut această distincţie când era vorba de normele preconstituţionale, cum am văzut.

C. Competenţa exclusivă a C.C. se referă doar la eliminarea normelor neconstituţionale pentru neconformitate din sistem, nu la protecţia drepturilor şi libertăţilor

a. Determinarea constituţională a rolului C.C.

Constituţia face din C.C. garantul supremaţiei Constituţiei. Este evident că rolul ei este astfel determinat în raport cu ierarhia normativă. Nici un text constituţional nu face din instanţa specializată singurul garant al drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale persoanelor. În această materie, dacă este să aplicăm o interpretare sistemică simplă, atribuţia C.C. este de a asigura supremaţia faţă de lege a normelor constituţionale care garantează drepturile şi libertăţile.

Pe de altă parte, art.1.(2) din Legea nr. 47/1992 dispune : „Curtea Constituţională este unica autoritate de jurisdicţie constituţională în România”. Dar dispoziţia legală nu poate să introducă un principiu cu aceeaşi valoare ca cel constituţional. Interpretarea normei legale trebuie să fie conformă principiilor constituţionale. Concluzia este că legea determină sfera de competenţă exclusivă a C.C. în raport de întinderea rolului pe care Constituţia îl conferă acesteia, adică asigurarea supremaţiei Constituţiei faţă de celelalte norme. Deci C.C. este singura jurisdicţie constituţională din România în sfera de competenţă dată ei de Constituţie, adică cea a contenciosului constituţional al normelor.

Desigur, prin eliminarea normei neconstituţionale din sistemul juridic se obţine şi o protecţie a drepturilor şi libertăţilor persoanelor, dar această protecţie

este mediată. Iar medierea protecţiei nu este întotdeauna adecvată : de exemplu în cazul normelor care sunt ieşite din vigoare la data controlului de constituţionalitate, cum vom vedea mai jos. De aceea trebuie asigurată o protecţie nemediată a drepturilor şi libertăţilor. Această protecţie nu se mai bazează pe finalitatea garantării respectării ierarhiei normative, ci pe cea a securităţii juridice a persoanelor. Pentru a obţine protecţia nemediată, este necesar ca norma legală contrară drepturilor sau libertăţilor persoanei să nu fie aplicată, nu să fie eliminată formal din sistem. Această competenţă aparţine instanţelor ordinare. Iar Constituţia determină rolul lor în această materie, chiar dacă nu se exprimă direct în acest sens.

b. Determinarea constituţională a rolului instanţelor ordinare

Constituţia determină rolul instanţelor afirmând că „Justiţia se realizează prin Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie şi prin celelalte instanţe judecătoreşti stabilite de lege”[77]. Termenul „justiţie” nu este utilizat în textul constituţional în sensul de sistem de organe, ci într-un sens substanţial. Altfel ar fi redundant. Constituţia ar fi putut dispune: „Instanţele de judecată sunt...”. Or, să nu cuprindă noţiunea de Justiţie, într-un stat de drept democratic, protecţia drepturilor şi libertăţilor persoanelor? Nu cred că cineva s-ar hazarda să o afirme. Rolul fundamental al instanţelor judecătoreşti este tocmai această protecţie. Nicio instanţă specializată nu poate pretinde exclusivitatea asupra acestui tip de justiţie.

Confuzia dintre justiţie ca principiu de distribuţie a bunurilor şi beneficiilor sociale şi sistemul de organe care o realizează, numit la rândul lui „justiţie”, provine dintr-o confuzie filosofică tipică: cea între funcţie şi organ. Prevalenţa viziunii organiciste în raport cu cea funcţionalistă este prezentă peste tot în societatea românească actuală. În materia analizată de noi în acest capitol, ea se transpune în determinarea naturii normelor în raport de organul care le introduce în ordinea juridică şi nu de funcţia statală exercitată. Astfel, C.C. nu realizează controlul normelor organic derivate, cum ar fi hotărârile Guvernului, pentru că nu poate trece de la viziunea organicistă la cea funcţionalistă, conform

[77] Art. 126(1).

căreia, indiferent care ar fi organul care introduce norma, ea este de natură legală dacă organul respectiv exercită prin actul emis funcţia legislativă, definită funcţionalist ca funcţia de a introduce norme primare în sistem. Tot astfel, definirea justiţiei nu trebuie operată prin raportare la organe, ci prin raportare la funcţia de a asigura distribuţia, după o procedură neutră faţă de diversele concepţii sociale şi individuale ale binelui, a drepturilor şi libertăţilor.

Când ne referim la justiţia constituţională, ea nu trebuie confundată cu jurisdicţia constituţională. Astfel, dacă legea afirmă că C.C. este unica autoritate de jurisdicţie constituţională din România, această afirmaţie nu trebuie echivalată cu cea potrivit căreia C.C. este singura care exercită funcţia de justiţie constituţională în România. Funcţia trebuie definită pornind de la finalitate, nu de la organ. Astfel, dacă instanţele ordinare desfăşoară o activitate care are ca finalitate distribuţia drepturilor şi libertăţilor potrivit principiilor constituţional prescrise, ele exercită funcţia de justiţie constituţională. Or acesta este rolul lor natural. Determinarea prin lege a C.C. ca unica jurisdicţie constituţională este filosofic confuză şi de aceea, nu doar pentru că legea adaugă la Constituţie, ea este neconstituţională.

c. Constituţionalitatea normelor abrogate şi protecţia libertăţilor

Curtea Constituţională însăşi îşi determină rolul în raport doar de contenciosul constituţional al normelor, căci ea interpretează art. 147(1), care se referă la „dispoziţiile din legile şi ordonanţele *în vigoare"*(s.n.), în sensul că dacă norma nu mai este în vigoare la data controlului de constituţionalitate excepţia nu mai are obiect, fiind deci inadmisibilă. Instanţa specializată ar fi putut să interpreteze diferit textul constituţional, dar nu o face pentru că pentru ea, odată ce norma a fost eliminată de legiuitor din sistem, problema este rezolvată. Finalitatea pe care ea o conferă propriilor competenţe este asanarea sistemului normativ. Odată atinsă această finalitate, nu mai contează protecţia nemediată a drepturilor şi libertăţilor. Protecţia este mediat asigurată prin eliminarea formală a normei. Numai că eliminarea formală a normei nu asigură întotdeauna protecţia, căci aceasta rămâne, în unele cazuri, aplicabilă în cauzele aflate pe rolul instanţelor, deoarece norma nouă, abrogatoare, nu poate retroactiva.

De fapt, textul constituţional citat se referă la normele „în vigoare" nu prin raportare la normele abrogate, ci prin raportare la normele adoptate dar neintrate în vigoare. Ea operează distincţia între controlul *a priori* şi controlul *a posteriori*, nu distincţia între normele promulgate care rămân în vigoare la data controlului şi normele abrogate la această dată. Dar Curţii îi pare străin deocamdată acest mod de interpretare.

Modul de interpretare adoptat de Curte este apropriat doar dacă rolul ei este circumscris la eliminarea normelor neconstituţionale din sistem, căci norma legală, fiind în continuare aplicabilă în faţa instanţei ordinare, eliminarea ei formală nu are niciun efect asupra protecţiei constituţionale a drepturilor şi libertăţilor persoanei aflată în proces în faţa instanţei ordinare. În această situaţie, doar o aplicare directă a dispoziţiilor constituţionale contra legii poate asigura o astfel de protecţie. Şi nu cred că pot exista argumente pentru a susţine că protecţia drepturilor ori libertăţilor persoanei contra unei legi formal abrogate dar care produce în continuare efecte nu ar trebui realizată.

Desigur, C.C. poate decide că este competentă să controleze constituţionalitatea normelor abrogate. Dar rămâne de văzut care ar fi efectele unei astfel de decizii. Constituţia dispune că norma neconstituţională trebuie pusă de acord cu Constituţia. Or, cum vom vedea, acest efect nu poate fi în mod real protector pentru persoane decât dacă instanţele ordinare verifică realitatea punerii de acord.

D. Controlul constituţionalităţii practicilor statale restrictive în materia exerciţiului drepturilor şi libertăţilor

Curtea Constituţională îşi determină restrictiv competenţele în domeniul restrângerii exerciţiului drepturilor şi libertăţilor[78]. Astfel, ea refuză să controleze constituţionalitatea unor practici administrative sau judiciare restrictive în acest domeniu, considerând că art. 146C îi dă competenţa de a

[78] Vezi D.C. Dănişor, Consideraţii privind reglementarea constituţională a restrângerii exerciţiului unor drepturi sau al unor libertăţi, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2008.

controla doar legile şi ordonanţele[79]. De altfel, ea refuză controlul oricărui act infralegislativ.

Textul art. 53C este însă clar: orice restrângere a exerciţiului drepturilor sau libertăţilor făcută altfel decât prin lege este neconstituţională. Odată ce C.C. refuză să controleze astfel de acte sau practici restrictive, este natural ca instanţele ordinare să o facă ele. Altfel, aceste restrângeri ar rămâne nejustiţiabile, iar art. 53C ar deveni inaplicabil din acest punct de vedere. Or, orice jurist ştie că norma trebuie interpretată întotdeauna în sensul în care ea produce efecte.

Astfel, contenciosul administrativ trebuie să ia în considerare controlul unor practici administrative constante care restrâng drepturile şi libertăţile persoanelor. Nu este vorba în acest caz de controlul legii, căci aceasta poate să nu permită astfel de practici, ci de controlul practicii însăşi. Legea poate fi deturnată prin interpretare în cadrul actelor sau faptelor care îi fac aplicarea. Or C.C. nu mai are rolul de a controla interpretarea dată legii în procesul aplicării ei, această atribuţie revenind instanţelor ordinare. Curtea însăşi afirmă acest lucru. Or, dacă ea nu mai poate da decizii interpretative, revine Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie rolul de a asigura interpretarea şi aplicarea unitară a legilor în conformitate cu dispoziţiile constituţionale care garantează drepturile şi libertăţile fundamentale. Deci, dacă administraţia publică interpretează legile restricţionând exerciţiul drepturilor sau libertăţilor fundamentale, este de competenţa instanţelor de contencios administrativ să controleze conformitatea acestor practici cu art. 53C şi să garanteze exerciţiul deplin al drepturilor şi libertăţilor implicate. C.C. refuză instanţelor acest rol, considerând că acestea ar face astfel un control al constituţionalităţii legii. Ea confundă iarăşi controlul legilor cu protecţia libertăţilor prin eliminarea practicilor contrare acestora.

De asemenea, în cadrul controlului hotărârilor instanţelor inferioare, Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie trebuie să controleze dacă instanţele însele nu operează o restrângere a exerciţiului drepturilor şi libertăţilor fundamentale contrară art. 53C. De exemplu, o practică judiciară, constatabilă statistic, prin

[79] D.C. Dănişor, Restrângerea excesivă a obiectului controlului de constituţionalitate prin jurisprudenţa Curţii Constituţionale, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 4/2009.

care instanţele aplică pedepse mai mari membrilor unui grup etnic decât celorlalţi condamnaţi este contrară art. 53C, chiar dacă ea ar putea fi justificată aparent de fiecare magistrat în parte pornind de la circumstanţele cauzei sau ale făptuitorilor. Pentru a opera un astfel de control al practicii judiciare, Curtea trebuie să aplice direct Constituţia, deci să exercite o atribuţie de justiţie constituţională, chiar dacă nu una care priveşte contenciosul normelor.

E. Controlul constituţionalităţii actelor particularilor

Practicile restrictive în domeniul drepturilor omului pot proveni şi de la particulari, nu doar de la stat. Judecarea constituţionalităţii unor acte sau fapte private prin care se operează astfel de restrângeri, prin raportare la art. 53C, este de competenţa instanţelor ordinare. Nu este aici vorba de ceea ce legea autorizează sau nu. Nu ea este cea judecată, ci actele care sunt generalizate, deşi legea le interzice, astfel încât o majoritate, sociologic determinată, le practică sau le tolerează, deşi ele restrâng exerciţiul drepturilor sau libertăţilor unor persoane. De exemplu, aplicarea unor tratamente sociale bazate pe anumite stereotipuri discriminatorii. Un stereotip poate fi definit ca o concepţie eronată, pornind de la care o persoană sau un grup este în mod injust ţinut a poseda caracteristici indezirabile sau caracteristici pe care grupul sau cel puţin unii dintre membrii lui nu le posedă. Perpetuarea sau accentuarea acestor caracteristici este contrară Constituţiei. Desigur, legea nu autorizează astfel de atitudini, dar practica poate să o facă. De exemplu, un astfel de stereotip este că ţiganii sunt hoţi şi violenţi. O practică curentă de neadmitere a acestora în anumite localuri deschise publicului, de exemplu cluburi sau discoteci, este contrară art. 53C şi trebuie judecată ca atare de către instanţă. Sau o practică de refuzare sistematică a angajării membrilor unui astfel de grup etnic în anumite sfere ale muncii.

Ca o concluzie a acestei prime părţi a secţiunii, pot spune că instanţele ordinare sunt competente să judece contenciosul constituţional al drepturilor şi libertăţilor, C.C. având exclusivitate doar asupra contenciosului de conformitate al legilor şi ordonanţelor cu Constituţia, dar, cum vom vedea imediat, într-un sens particular.

§2. Curtea Constituţională a României nu elimină normele neconstituţionale din sistem, ci doar declanşează procedura

În varianta din 1991, Constituţia dispunea, prin art. 145(1): „În cazurile de neconstituţionalitate constatate potrivit articolului 144 literele a) şi b), legea sau regulamentul se transmite spre reexaminare. Dacă legea este adoptată în aceeaşi formă, cu o majoritate de cel puţin două treimi din numărul membrilor fiecărei Camere, obiecţia de neconstituţionalitate este înlăturată, iar promulgarea devine obligatorie".

Efectele deciziilor C.C. sunt acum reglementate de art. 147 din Constituţia României revizuită. Conform acestuia, „(1) Dispoziţiile din legile şi ordonanţele în vigoare, precum şi cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituţionale, îşi încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii Constituţionale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei. Pe durata acestui termen, dispoziţiile constatate ca fiind neconstituţionale sunt suspendate de drept; (2) În cazurile de neconstituţionalitate care privesc legile, înainte de promulgarea acestora, Parlamentul este obligat să reexamineze dispoziţiile respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curţii Constituţionale".

În ambele variante ale Legii fundamentale C.C. nu poate determina direct eliminarea normei neconstituţionale din sistemul juridic, ci doar declanşează o procedură prin care această eliminare este posibilă. Efectul direct al deciziei sale este crearea unei obligaţii de reexaminare a legii şi de punere de acord a acesteia cu Constituţia. Doar efectul mediat este eliminarea normei din sistemul juridic, iar crearea acestui efect depinde de voinţa legiuitorului şi de practica instanţelor ordinare.

A. Procedura de eliminare a normei din sistem până în 2003

Până la revizuirea din 2003 efectele deciziei C.C. în cadrul controlului *a priori* erau dependente de voinţa Parlamentului. Acesta putea modifica legea în

sensul deciziei Curţii sau putea să o revoteze în aceeaşi formă cu majoritate calificată, caz în care promulgarea devenea obligatorie şi excepţia de neconstituţionalitate nu mai putea fi ridicată. Curtea era în această situaţie eliminată din procedură. Menţinerea sau eliminarea normei neconstituţionale depindea de Parlament. Oricum, determinarea conformităţii noii norme cu Constituţia, în cazul în care Parlamentul părea să se conformeze deciziei Curţii, nu putea, dacă instanţa specială ar fi fost singura competentă să controleze conformitatea legilor cu Constituţia, decât să introducă sistemul într-un cerc vicios, căci declararea neconstituţionalităţii noii norme nu putea creea decât acelaşi efect. Ar fi trebuit ca instanţele ordinare să decidă că noua normă nu se conformează deciziei Curţii, ceea ce în mod evident nu s-a întâmplat.

În cazul controlului de constituţionalitate *a posteriori,* efectul era acelaşi: introducerea sistemului într-un cerc vicios. De asemenea, instanţele ordinare ar fi trebuit să impună deciziile instanţei specializate şi nu au făcut-o. Explicaţia este simplă. Înfiinţarea instanţei speciale de contencios constituţional în România a fost primită cu reticenţă de către instanţele ordinare. Dacă este să căutăm vinovaţii, trebuie să ne întoarcem mult în timp în urmă şi să ne amintim că instanţele noastre au început, încă din secolul al XIX-lea[80], să facă un control de constituţionalitate extrinsec, adică să verifice respectarea procedurilor constituţionale de producere a normelor legislative de către legiuitor, deci validitatea, adică juridicitatea normelor produse de reprezentanţa naţională. Apoi, încă din 1901[81] şi, mai sistematic, din 1912[82], au îndrăznit, contra

[80] Vezi jurisprudenţa citată în articolul anterior al acestui ciclu, Pandectele Române nr. 3/2011..

[81] Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiuni unite, Decizia nr. 8 din 29 noiembrie 1901, Curierul judiciar Nr. 1 din 1 ianuarie 1902, p. 1-3, Observaţie D. Alexandresco, p. 3-6.

[82] Tribunalul Ilfov, Secţiunea II, jurnalul No. 919 din 2 februarie 1912, Societatea comunală de tramvaiuri din Bucureşti cu Minsterul de interne şi primăria Capitalei, Dreptul nr. 12 din 12 februarie 1912, p. 90-96, Curierul Judiciar, nr. 13 din 16 Februarie 1912, p. 152-156.; Tribunalul Comercial Ilfov, Sentinţa no. 623 din 7 mai 1912, Societatea comunală de Tramvaie Bucureşti cu primăria Capitalei, Curierul Judiciar nr. 40 din 27 mai 1912, p. 469-477; Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, Secţiunea I, No. 261, Audienţa din 16 martie 1912, Dreptul, nr. 32 din 29 aprilie 1912, p. 249-253; Curierul Judiciar nr. 32 din 29 aprilie 1912 p. 373376, Observaţie D.N. Comşa, p. 376-378; Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie, S I, Decizia 549 din 28 iunie 1912, Curierul Judiciar nr. 65 din 11 octombrie 1912, p. 757-768.

curentului doctrinar şi jurisprudenţial dominant în epocă, să afirme competenţa instanţelor de a controla chiar constituţionalitatea intrinsecă a normelor legislative, controlând deci conformitatea prescripţiilor legale cu normele superioare lor în ierarhia normativă. Şi aceasta fără să existe un sprijin normativ constituţional expres al controlului de constituţionalitate. O astfel de operă, aproape eroică, având în vedere că fapta putea fi interpretată ca infracţiune în baza Codului penal în vigoare, nu se uită, chiar dacă învăţământul juridic a trecut şi trece destul de rapid peste problemă, cu o nonşalanţă de neiertat având în vedere această rară prioritate românească asupra restului Europei. După căderea comunismului instanţele s-ar fi simţit îndreptăţite la restauraţie, dar aceasta nu a venit. Reacţia a fost o opoziţie surdă, de cele mai multe ori neconştientizată, faţă de deciziile celor nouă judecători ai Curţii Constituţionale, pe care judecătorii de la instanţele ordinare au fost prea dispuşi să îi considere uzurpatori ai unei funcţii proprii şi oricum un corp străin de magistratură. În consecinţă, ani buni instanţa constituţională a făcut opera de transmitere a deciziilor în vid. Instanţele ordinare nu au aplicat decât sporadic jurisprudenţa constituţională, chiar dacă aceasta a fost uneori deosebit de consistentă, decizând mai mult sau mai puţin făţiş că aceasta nu este obligatorie pentru ele decât cu efecte *inter partes* şi *in casu*.

B. Obligaţia de punere de acord din Legea de revizuire din 2003 - impunerea deciziilor C.C. este o competenţă a instanţelor ordinare[83]

Pentru a impune *erga omnes* deciziile Curţii Constituţionale a părut necesar, având în vedre lipsa practică a acestui efect în baza textelor constituţionale din 1991, să fie revizuită Constituţia. Astfel, a luat naştere în 2003 noul articol 147 conform căruia deciziile instanţei de contencios constituţional sunt „general obligatorii". Pe de altă parte, Parlamentul a fost deposedat de dreptul de a mai trece peste deciziile de neconstituţionalitate cu

[83] Această parte a lucrării de faţă a fost publicată, într-o primă formă, în Curierul Judiciar nr. 6/2009 sub titlul „Impunerea deciziilor Curţii Constituţionale – o problemă a instanţelor ordinare".

majoritate calificată, ca şi de posibilitatea de a mai obţine revizuirea implicită prin ratificarea unor tratate contrare Constituţiei, Curtea dobândind dreptul de a controla constituţionalitatea acestor tratate înainte de ratificare.

Aparent, rolul instanţei constituţionale a crescut, iar poziţia ei s-a întărit substanţial. Totuşi, efectele deciziilor Curţii sunt neclare şi dependente de instanţele ordinare, atât în cazul controlului *a priori*, cât şi în cazul controlului *a posteriori*.

În cazul controlului *a priori*, Constituţia pare să dea o putere mult mai mare instanţei constituţionale decât înainte de revizuirea din 2003. Totuşi trebuie remarcat că, deşi dispoziţia art. 147 (2) pare tranşantă, căci „în cazurile de neconstituţionalitate care privesc legile, înainte de promulgarea acestora, Parlamentul este obligat să reexamineze dispoziţiile respective pentru punerea lor de acord cu decizia Curţii Constituţionale", totuşi nu există un control din oficiu realizat de Curtea Constituţională însăşi asupra conformităţii operei de punere acord a legii neconstituţionale cu decizia Curţii. Dacă ar fi să aşteptăm sesizarea făcută de cei competenţi în baza art. 146C, atunci este evident că afirmatul caracter general obligatoriu al deciziei ar fi doar o frumoasă iluzie. Or, acest caracter este esenţa revizuirii făcută în 2003 instituţiei controlului de constituţionalitate. Dispoziţiile constituţionale trebuiesc interpretate în aşa fel încât decizia Curţii să producă efecte general obligatorii. Deci nu trebuie să fie aşteptată sesizarea Curţii. Ceea ce trebuie făcut este acum în sarcina instanţelor ordinare. Ele trebuie să aibă o parte din «îndrăzneala» înaintaşilor lor şi să îşi asume rolul de a impune deciziile Curţii Constituţionale printr-un control al conformităţii legii de punere de acord a dispoziţiilor declarate neconstituţionale cu decizia care le declară astfel. Nu este vorba de o încălcare a competenţei exclusive a instanţei speciale de contencios constituţional, căci ceea ce ar face astfel instanţele ordinare nu este un control al conformităţii legii cu Constituţia, ci un control al executării de către Parlament a deciziei Curţii Constituţionale, decizie care este declarată de Constituţie ca general obligatorie, deci obligatorie nu doar pentru Parlament, ci şi pentru instanţe. Altfel, decizia nu creează efecte decât faţă de legiuitor, nefiind general obligatorie, cum imperativ dispune că trebuie să fie art. 147 din Constituţie.

În cazul controlului *a posteriori*, efectele deciziilor Curţii Constituţionale

par şi mai dramatice. Totuşi ele sunt inexistente fără o intervenţie decisă a instanţelor ordinare. Astfel, art. 147(1)C afirmă că „dispoziţiile din legile şi ordonanţele în vigoare, precum şi cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituţionale, îşi încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii Constituţionale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei".

Prima situaţie posibilă este ca Parlamentul sau Guvernul să nu se conformeze obligaţiei şi să nu adopte nici un act prin care să pună de acord dispoziţiile neconstituţionale cu Constituţia. Atunci aceste dispoziţii îşi încetează de drept efectele juridice. Problema este cine constată această încetare. Curtea Constituţională este iarăşi în imposibilitate de a se pronunţa asupra problemei, căci ea nu poate să decidă din oficiu şi nici nu poate fi sesizată, căci nu există o nouă normă incidentă în cauza dedusă judecăţii unei instanţe judiciare sau de arbitraj comercial cu privire la care să se ridice o nouă excepţie de neconstituţionalitate. În aceste condiţii, efectul dramatic al deciziei de neconstituţionalitate va fi redus la nimic dacă instanţele ordinare nu îşi asumă rolul de a constata ele încetarea efectelor legii neconstituţionale datorită neexecutării obligaţiei de punere de acord cu Constituţia impusă Parlamentului prin decizia Curţii Constituţionale. Aşadar, decizia Curţii Constituţionale va avea efecte doar dacă instanţele ordinare fac această operă de control. Nu este o facultate pentru ele, ci o obligaţie constituţională, dar rămâne de văzut dacă o să o conştientizeze.

A doua situaţie posibilă este cea în care Parlamentul sau Guvernul pun de acord dispoziţiile neconstituţionale cu Constituţia în termenul de 45 de zile impus de art. 147. Problema este cine decide dacă le-au pus cu adevărat de acord sau doar au făcut un act formal prin care pretind că s-au conformat deciziei Curţii Constituţionale. Ca şi în cazul anterior, Curtea nu are posibilitatea de a verifica din oficiu concordanţa dintre actul de punere de acord a dispoziţiilor neconstituţionale şi Constituţie. Ea nu îşi poate impune deci cu adevărat propria decizie, căci simpla mimare a conformării din partea Parlamentului sau Guvernului, făcută în interiorul termenului de 45 de zile, o lasă fără nici o posibilitate de reacţie. Efectul dramatic al deciziei Curţii

Constituţionale este iarăşi dependent de altcineva decât instanţa constituţională. Rolul instanţelor ordinare se revelă iarăşi a fi decisiv. Astfel, ele sunt obligate să aplice deciziile Curţii Constituţionale în aşa fel încât acestea să producă efecte *erga omnes*. În consecinţă, le revine lor şi nu instanţei constituţionale obligaţia de a decide dacă Parlamentul sau Guvernul s-au conformat obligaţiei impusă de decizia Curţii Constituţionale. Nu este vorba de un control de constituţionalitate, ci de controlul executării de către subiectul pasiv a obligaţiei rezultată din decizia Curţii. Este adevărat că art. 147C obligă organul emitent să pună de acord normele neconstituţionale cu Constituţia, dar această în sensul în care Curtea a decis neconstituţionalitatea. Instanţa ordinară nu face decât să verifice dacă actul de punere de acord elimină din norma controlată motivele de neconstituţionalitate arătate de Curtea Constituţională în decizia sa. Ea nu poate găsi alte motive de neconstituţionalitate. Deci nu poate să se substituie instanţei de contencios constituţional.

Desigur, Curtea Constituţională poate fi sesizată pe calea unei noi excepţii de neconstituţionalitate. Dar efectul noii decizii este acelaşi: normele neconstituţionale vor trebui puse de acord de către organul emitent cu Constituţia. Fără intervenţia instanţelor ordinare nu am face decât să reproducem un cerc vicios.

În fine, a treia situaţie este cea în care Parlamentul sau Guvernul pun de acord normele neconstituţionale cu Constituţia după ce termenul de 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii Constituţionale a trecut. Revine de asemenea instanţelor ordinare rolul de a constata că norma de punere de acord este introdusă în ordinea juridică cu încălcarea procedurii stabilită de norma superioară în ierarhie, care impune un anumit termen de executare a deciziei Curţii Constituţionale. Încălcare procedurii de producere a normei atrage nevaliditatea acesteia, adică neconstituţionalitatea sa extrinsecă. În acest caz, norma este inexistentă, adică nu este juridică. Este ca şi cum un alt organ decât cel care are atribuţii legislative ar introduce norma în sistem. Diferenţa este numai de grad, nu de natură. Or, constatarea nevalidităţii a fost dintotdeauna în sistemul nostru în competenţa instanţei ordinare. Deci o normă care ar pretinde să pună de acord dispoziţiile neconstituţionale cu decizia Curţii Constituţionale şi deci cu Constituţia după trecerea termenului de 45 de zile este extrinsec

neconstituţională şi orice instanţă ordinară poate constata că ea nu există din punct de vedere juridic.

Vedem, aşadar, că deciziile Curţii Constituţionale sunt cu adevărat general obligatorii, doar dacă instanţele ordinare vor înţelege ce rol au în cadrul controlului de constituţionalitate. Doar dacă judecătorii vor decide să îşi reia bunul obicei din a doua jumătate a secolului XIX şi începutul secolului XX şi îşi vor impune decisiv rolul de garanţi ai respectării deciziilor de neconstituţionalitate, ca şi rolul de garanţi ai convenţionalităţii legilor, vom avea parte de o protecţie adecvată a drepturilor omului în România.

Concluzionând, instanţele ordinare sunt competente să aplice direct Constituţia, eliminând de la aplicare legile contrare acesteia pentru a proteja, cu efecte *inter partes*, drepturile şi libertăţile fundamentale. Pe de altă parte, ele sunt obligate să controleze aplicarea deciziilor Curţii Constituţionale de către Parlament sau Guvern. Făcând astfel, ele constată încetarea efectelor juridice ale legilor declarate neconstituţionale şi care nu au fost puse de acord cu Constituţia în termenul stabilit, declară inaplicabile normele ulterioare deciziei C.C. care nu se conformează în mod real acesteia şi constată inexistenţa juridică a normelor puse de acord cu Constituţia după trecerea termenului imperativ prescris de art. 147C.

Capitolul 5. Problemele controlului constituţionalităţii hotărârilor Camerelor Parlamentului – cu privire la Decizia C.C. nr. 53 din 25 ianuarie 2011[1]

§1.Constituţionalitatea extinderii prin lege a atribuţiilor C.C.

Prima decizie a C.C. pronunţată în exercitarea atribuţiei de control al constituţionalităţii hotărârilor Parlamentului a creat o polarizare a opiniilor în cadrul instanţei de contencios constituţional, trei dintre magistraţi făcând opinie separată. Tema primă a acestei divizări a plenului Curţii este constituţionalitatea introducerii prin lege a unor atribuţii noi, care nu se regăsesc printre cele stabilite de art. 146 din Constituţie.

Pentru majoritatea judecătorilor Curţii, temeiul constituţional al acestei extinderi a competenţelor, operată prin lege, este art. 147 litera l), care dispune că instanţa specială „îndeplineşte şi alte atribuţii prevăzute de legea organică a Curţii". „În sensul acestor prevederi constituţionale - susţine majoritatea judecătorilor - au fost completate dispoziţiile art. 27 alin. (1) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii Constituţionale, stabilindu-se o nouă competenţă, anume controlul constituţionalităţii hotărârilor plenului Camerei Deputaţilor, hotărârilor plenului Senatului şi hotărârilor plenului celor două Camere reunite ale Parlamentului"[2].

Autorii opiniei separate susţin însă că „în felul acesta art. 27 alin. (1) din lege a căpătat un conţinut complex: pe de o parte, cuprinde o normă de «rang» constituţional, «*Curtea se pronunţă asupra constituţionalităţii regulamentelor Parlamentului*», corespunzătoare art. 146 lit. c) din Legea fundamentală; pe de altă parte, textul conţine o normă de «rang» legal, «*Curtea Constituţională se pronunţă asupra constituţionalităţii hotărârilor plenului Camerei Deputaţilor, a hotărârilor plenului Senatului şi a hotărârilor plenului celor două Camere reunite ale Parlamentului (...)*», corespunzător normei de trimitere înscrise la art. 146 lit. l)".

---

[1] *Publicată în M. Of. nr.90 din 03.02.2011*

[2] Curtea Constituţională s-a pronunţat asupra constituţionalităţii introducerii prin Lege a acestei noi atribuţii prin Decizia nr. Decizia nr. 1.106 din 22 septembrie 2010, Publicată în M. Of. nr. 672 din 4 octombrie 2010, considerând norma legală ca fiind constituţională. Vezi Nota domnului George Gîrleşteanu în acest număr al Pandectelor Române.

„Această reglementare este deficitară, întrucât o atribuţie distinctă ce-i este conferită Curţii în temeiul art. 146 lit. l) din Constituţie este plasată în conţinutul textului art. 27 alin. (1), care tratează o altă atribuţie a Curţii privind controlul de constituţionalitate a regulamentelor Parlamentului, aşa cum aceasta este reglementată de art. 146 lit. c) din Legea fundamentală. Totodată, reglementarea este incompletă pentru că nu conţine nicio normă de procedură specifică noii reglementări".

„Este de remarcat că textul nu face nicio distincţie între hotărârile asupra cărora Curtea urmează să se pronunţe cu privire la constituţionalitatea lor, iar, pe de altă parte, s-ar deduce că normele procedurale referitoare la controlul constituţionalităţii regulamentelor parlamentare se aplică şi în cazul celorlalte hotărâri, atâta timp cât nu se face nicio precizare, dar, mai ales, nu se fac corelările cu alte texte ale legii care se impuneau în mod obligatoriu [art. 2 alin. (1), art. 11 alin. (1) A. lit. c) şi art. 28]".

„Din acest punct de vedere, textul ridică probleme de constituţionalitate în măsura în care din cuprinsul său se înţelege că orice hotărâre a Camerei Deputaţilor, a Senatului sau a Camerelor reunite, indiferent de caracterul său, normativ sau individual, poate fi supusă controlului de constituţionalitate".

Problema este una delicată şi complexă. Pentru rezolvarea ei trebuie să vedem în primul rând care este obiectul controlului de constituţionalitate configurat de art. 146C. Pornind de aici, ar trebui să vedem ce fel de enumerare este cea făcută în acest text constituţional şi în fine, dacă extinderea prin Legea Curţii a sferei atribuţiilor acesteia în baza normei de trimitere din art. 146 lit. l) comportă anumite limite.

A. Obiectul controlului de constituţionalitate configurat de art. 146C şi limitele extinderii lui

Art. 146C reglementează, pe de o parte, atribuţiile Curţii în domeniul contenciosului constituţional al normelor şi, pe de altă parte, atribuţiile acesteia în domeniul contenciosului constituţional al instituţiilor.

Enumerarea atribuţiilor este exemplificativă. De aceea, art. 146 lit. l) prevede posibilitatea de extindere a atribuţiilor Curţii prin legea organică care îi

reglementează activitatea. Dar trebuie clar înţeles că extinderea nu este fără limite. În primul rând, o enumerare exemplificativă nu poate fi extinsă de principiu decât dacă extinderea prin actul de aplicare a normei superioare în ierarhie cuprinde o atribuţie de aceeaşi natură cu cele enumerate. În al doilea rând, noua atribuţie trebuie să se situeze clar în una dintre sferele contenciosului constituţional expres reglementat de Constituţie, fără a putea să creeze o categorie distinctă de atribuţii şi fără a putea să combine aspecte din cele două sfere de competenţe arătate mai sus.

Astfel, noua atribuţie poate privi sau contenciosul constituţional al normelor, sau contenciosul constituţional al instituţiilor. Dacă atribuţia de control al constituţionalităţii hotărârilor Camerelor Parlamentului este plasată în sfera controlului constituţionalităţii normelor, atunci sfera hotărârilor controlate nu poate fi mai largă decât sfera hotărârilor *normative* ale Camerelor, hotărârile individuale fiind excluse. Dacă atribuţia nou introdusă se situează în sfera contenciosului constituţional al instituţiilor, atunci ea ar trebui să respecte natura acestui tip de atribuţie şi efectele specifice ale controlului exercitat de Curte în această sferă de competenţă.

Noua atribuţie a C.C. este introdusă prin completarea art. 27(1) din Legea 47/1992, care se referea în forma iniţială la controlul constituţionalităţii regulamentelor Parlamentului. Deci intenţia legiuitorului era clară: el introducea o atribuţie în sfera controlului de constituţionalitate a normelor. Ca urmare, sfera actelor supuse controlului conform noii atribuţii a C.C. este limitată la controlul hotărârilor normative ale Camerelor Parlamentului. Din acest punct de vedere cred că este clar că autorii opiniei separate au dreptate: controlul unei hotărâri nenormative, care privea problema validării unor alegeri, era în afara sferei controlului extins prin modificarea art. 27 din Legea 47/1992.

Majoritatea judecătorilor se străduieşte să argumenteze în favoarea controlului hotărârilor individuale printr-un artificiu destul de problematic. Deşi textul introdus priveşte controlul normelor, orice interpretare sistemică conducând la acest rezultat, Curtea afirmă că „pot fi supuse controlului de constituţionalitate numai hotărârile Parlamentului (...) care afectează valori, reguli şi principii constituţionale sau, după caz, *organizarea şi funcţionarea autorităţilor şi instituţiilor de rang constituţional*". Ea introduce astfel ideea

combinării controlului constituţionalităţii normelor cu contenciosul constituţional al instituţiilor. Procedeul de interpretare nu este valid. Enumerarea exemplificativă a unor atribuţii poate fi extinsă prin interpretare doar dacă este clar determinată natura atribuţiei nou introduse, iar această natură este identică cu natura atribuţiilor deja enumerate. Altfel, este posibilă orice extindere, fără nici o limită, ceea ce ar fi contrar principiului statului de drept, care presupune necesitatea limitării puterii. Procedeul utilizat de Curte este echivalent cu extinderea sferei de competenţă a unui pescar la limitarea speciilor pe care le mănâncă ştiuca.

Aserţiunea din partea a doua a raţionamentului majorităţii judecătorilor Curţii este introdusă fără a respecta regulile elementare de interpretare a voinţei legiuitorului. Astfel, interpretarea *a rubrica* impune soluţia contrară. Odată ce norma care stabileşte competenţa este prevăzută în art. 27 cuprins în Secţiunea 2, punctul 4 intitulat „Controlul constituţionalităţii regulamentelor Parlamentului" este imposibil de interpretat altfel decât ca privind controlul normelor. Or introducerea în sfera controlului a *organizării şi funcţionării autorităţilor şi instituţiilor de rang constituţional* contrazice această regulă elementară a interpretării sistemice. Dacă am interpreta astfel art. 27 modificat, atunci am putea da Curţii Constituţionale competenţa de verifica constituţionalitatea tuturor proceselor de constituire a tuturor organelor statului prevăzute în Constituţie.

Interpretarea teleologică presupune analiza finalităţii normei. Care este finalitatea noii atribuţii a C.C.? În optica majorităţii judecătorilor Curţii ea este controlul normelor introduse prin hotărârea Camerei şi controlul procedurilor prin care au fost organizate sau funcţionează autorităţile sau instituţiile de rang constituţional. Astfel, Curtea reţine că „atât propunerea de validare cât şi validarea membrilor Consiliului Superior al Magistraturii trebuie să se întemeieze pe verificarea prealabilă a respectării procedurilor de alegere, a îndeplinirii cerinţelor legale pentru ocuparea respectivei demnităţi, precum şi a interdicţiilor şi incompatibilităţilor ce pot rezulta fie din statutul personal, fie din alte prevederi legale". Ceea ce este evident, dar Curtea refuză să vadă, este că aceste probleme sunt de *legalitate,* nu de *constituţionalitate* şi că deci nu era în logica noii atribuţii verificarea lor de către C.C.

B. Neclaritatea normei este contrară art. 1(3)C care impune statul de drept

În baza prevederii art. 1(3)C, toate aspectele substanţiale şi procedurale ale statului de drept sunt constituţionalizate. Deşi acest concept pare extrem de neclar Curţii noastre constituţionale, care îl evită sistematic, el nu este lipsit de contururi normative clare. Unul dintre aspectele fundamentale ale laturii materiale a statului de drept este impunerea unei anumite clarităţi a dreptului. O normă sau un sistem de norme trebuie să fie clare pentru a fi constituţionale. Aceasta înseamnă că cei care se găsesc în poziţia de subiecţi ai normei trebuie să poată în mod rezonabil să o înţeleagă. În cazul analizat aici, este vorba în primul rând de subiecţi calificaţi, de oameni cu o experienţă juridică relevantă. Şi totuşi, trei din cei nouă magistraţi ai Curţii susţin că norma este neclară pentru că nu îşi stabileşte cert nici sfera de aplicare, nici sfera normelor de referinţă pentru realizarea controlului, nu stabileşte proceduri clare de control, iar cele privitoare la regulamente nu sunt aplicabile întotdeauna şi nu determină clar efectele controlului. În aceste condiţii, restul subiecţilor de drept vizaţi de această procedură sunt în mod evident în imposibilitate rezonabilă de a înţelege conţinutul şi consecinţele normei privind controlul constituţionalităţii hotărârilor Parlamentului. Or, această lipsă de precizie a noii atribuţii a C.C. o face contrară statului de drept.

§2. Normele de referinţă pentru realizarea controlului şi condiţiile restrângerii exerciţiului unui drept

O altă problemă ridicată de decizia analizată şi de atribuţia pe care ea o concretizează este cea a sferei normelor de referinţă în cadrul controlului de constituţionalitate. Două probleme sunt pregnante. Prima trebuie să răspundă la întrebarea de principiu dacă normele legale pot fi norme prin raportare la care C.C. poate realiza controlul de constituţionalitate. Cea de a doua priveşte stabilirea prin lege a unor condiţii restrictive pentru exercitarea unui drept, condiţii care nu sunt prevăzute în Constituţie.

A. Normele legale pot fi norme de referinţă în cadrul controlului de constituţionalitate?

Autorii sesizării invocă prevederile constituţionale ale art. 1(5), art. 133(2)a), (4) şi (7) şi art. 148(4). De asemenea, ei invocă mai multe dispoziţii ale Legii nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, precum şi din Regulamentul privind procedura alegerii membrilor Consiliului Superior al Magistraturii, aprobat prin Hotărârea Consiliului Superior al Magistraturii nr. 327/2005. Problema de principiu este dacă normele legale pot fi norme prin raportare la care se face controlul de constituţionalitate. Mai mult, dacă un act normativ infralegislativ poate fi o astfel de normă de referinţă.

Curtea noastră constituţională a optat cu multă vreme în urmă pentru o înţelegere particulară a ierarhiei normative, cea în cadrul căreia validarea şi conformitatea normei se face în trepte, adică doar prin raportare la norma imediat superioară în ierarhia normativă. De aceea ea refuză să judece, de exemplu, constituţionalitatea unei hotărâri a guvernului, susţinând că această problemă este una de legalitate, deci de competenţa instanţelor ordinare. Dacă transpunem această înţelegere a sferei actelor controlate în sfera normelor de referinţă, atunci un act normativ nu poate fi raportat decât la actul normativ imediat superior în ierarhie, adică o lege la Constituţie, o hotărâre a guvernului la lege etc.

Introducerea unui control al constituţionalităţii hotărârilor Parlamentului pare să contrazică acest tip de înţelegere a ierarhiei normative, căci aceste acte sunt controlate din punctul de vedere al constituţionalităţii lor. Dar, odată ce raportarea decisă de legiuitor este la Constituţie, nu mai pot fi invocate direct prevederi legale - şi cu atât mai puţin infralegislative - pentru a realiza controlul.

Curtea, urmând pe autorii sesizării, o face. De fapt ea amalgamează controlul de constituţionalitate cu cel de legalitate şi chiar cu controlul actelor individuale prin raportare la un act normativ infralegislativ. Motivarea acestei extinderi a sferei normelor de referinţă este una care nu poate rezista unei analize mai atente.

Astfel, temeiul Deciziei C.C. este de fapt doar art. 1(5)C, conform căruia „respectarea Constituţiei, a supremaţiei sale şi a legilor este obligatorie". Restul dispoziţiilor constituţionale invocate nu au nici o relevanţă, căci art. 133(2)a), (4) şi (7) nu sunt invocate ca atare, ci doar prin raportare la interdicţiile legale care le completează, iar art. 148(4) priveşte aducerea la îndeplinire a actelor dreptului Uniunii Europene, în cauză fiind însă invocate doar concluziile Raportului din iulie 2010 al Comisiei Uniunii Europene către Parlamentul European şi Consiliu cu privire la progresele realizate de România în cadrul mecanismului de cooperare şi verificare, act care nu are aplicabilitate directă în ordinea juridică a statului român, deci nu putea fi normă prin raportare la care să fie analizată Hotărârea Senatului.

De fapt, ceea ce face C.C. este constituţionalizarea unor dispoziţii din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii. „În concordanţă cu prevederile art. 133 alin. (4) din Constituţie - susţine Curtea - potrivit cărora „*Durata mandatului membrilor Consiliului Superior al Magistraturii este de 6 ani",* prin art. 51 alin. (1) din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, republicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr.827 din 13 septembrie 2005, se prevede că *„Durata mandatului membrilor aleşi ai CSM este de 6 ani, **fără posibilitatea reinvestirii".*** Curtea observă că Legea nr. 317/2004, în forma sa iniţială, nu prevedea o asemenea interdicţie, modificarea fiind operată ca urmare a intrării în vigoare a Legii nr. 247/2005.

Raţionamentul prin care este considerată interdicţia legală ca fiind referinţă în cadrul controlului de constituţionalitate a Hotărârii Senatului este bazat pe obligaţia constituţională de a respecta legile, introdusă prin revizuire în art. 1(5)C. Dar norma legală este o completare a textului constituţional prin introducerea unei restrângeri a dreptului de a fi ales membru al C.S.M.. Dacă am considera norme de referinţă în cadrul controlului de constituţionalitate toate normele legale prin care se operează restrângeri ale exerciţiului drepturilor fundamentale, atunci am denatura spiritul Constituţiei. De fapt, norma legală trebuie controlată din punctul de vedere al constituţionalităţii ei prin raportare la art. 53C, nefiind ea însăşi o normă prin raportare la care se poate face controlul de constituţionalitate. Controlul respectării interdicţiei legale este o problemă de legalitate, nu una de constituţionalitate. Curtea amalgamează nepermis palierele

ierarhiei normative şi controlul de constituţionalitate cu cel de legalitate. După acest raţionament am putea face control de constituţionalitate prin raportare la restrângerile legale făcute exerciţiului drepturilor fundamentale, în loc să facem controlul constituţionalităţii restrângerilor în cadrul procesului de control al legalităţii actelor infralegislative. Dacă am admite raţionamentul, atunci art. 53 ar servi drept fundament al constituţionalizării restrângerilor exerciţiului drepturilor sau libertăţilor.

Desigur, în cazul concret analizat, exprimarea Curţii conform căreia interdicţia din Legea nr. 247/2005 este „în concordanţă" cu art. 133(4)C este un simplu eufemism. Norma legală introduce o interdicţie care nu este prevăzută în Constituţie şi nu putea să o facă decât cu respectarea art. 53C, C.C. nefăcând însă nici o analiză a acestei conformităţi.

Dacă am admite că art. 1(5)C operează o constituţionalizare a tuturor legilor, care desigur că sunt obligatorii, atunci toate normele legale ar căpăta caracter constituţional. Sensul Constituţiei nu este acela de a face din legi norme egale în ierarhie cu cele constituţionale, ci de a impune statului însuşi respectul legilor pe care le pune în vigoare, atât timp cât sunt în vigoare. Altfel, toate problemele de legalitate ar deveni probleme de constituţionalitate.

În ceea ce priveşte raportarea Hotărârii Senatului la un Regulament al C.S.M. pentru a judeca constituţionalitatea acesteia, ea este atât de aberantă încât nici nu mai merită o analiză.

B. Stabilirea prin lege a unei restrângeri neprevăzute constituţional a dreptului de a fi ales membru la C.S.M.

Problema centrală devine astfel constituţionalitatea restrângerii, prin Legea nr. 247/2005, a dreptului de a fi ales în C.S.M., prin introducerea în art. 51(1) din Legea nr. 317/2004, care în forma iniţială dispunea că *„durata mandatului membrilor aleşi ai CSM este de 6 ani",* a dispoziţie restrictive *„fără posibilitatea reinvestirii".*

Prima problemă este dacă această interdicţie a celui de al doilea mandat în C.S.M. putea fi introdusă prin lege, în condiţiile în care Constituţia nu a înţeles să stabilească ea însăşi o astfel de interdicţie, sau pentru a impune această

interdicţie era necesară revizuirea Constituţiei.

Trebuie plecat în analiza acestei probleme de la faptul că rolul, structura şi atribuţiile C.S.M. sunt stabilite prin Constituţie. Este vorba deci de un organ al statului care are statut constituţional, iar norma privind durata mandatului nu are ca obiect de reglementare statutul personal al membrilor C.S.M., ci organizarea instituţiei, o instituţie pe care Curtea o numeşte „de rang constituţional".

Autorii opiniei separate observă bine această schimbare a planului normării, de la problema obiectivă a mandatului la problema subiectivă a persoanelor care pot exercita acest mandat. Astfel, ei arată că „a doua problemă este aceea a încălcării criteriului constituţional privind mandatele reglementate de Constituţie prin schimbarea criteriului obiectiv şi a spiritului unităţii constituţionale, cu criteriul subiectiv referitor la persoane, iar nu la mandat; sintagma «fără posibilitatea reînvestirii» se referă în mod evident la persoane titulare de mandat, iar nu la mandatul prevăzut de Constituţie, ceea ce înseamnă că adăugirea la textul constituţional s-a făcut pe alte baze, şi, evident, din considerente privind persoanele ce se aflau în funcţie".

Dacă am admite că astfel de norme legale pot interveni fără revizuirea Constituţiei, atunci am putea să introducem prin lege interdicţia ca senatorii şi deputaţii să îşi reînnoiască mandatul. Sau că învestirea în funcţia de ministru nu poate fi reînnoită. Este evidentă absurditatea acestor interdicţii legale, odată ce Constituţia nu a stabilit expres astfel de limite. De altfel, când constituantul a vrut să opereze astfel de limitări, el a făcut-o expres. De exemplu cu privire la judecătorii Curţii Constituţionale, sau la Preşedintele României, ori la consilierii de conturi.

Problema interdicţiei de a obţine mai mult de un mandat de membru al C.S.M. este una care priveşte revizuirea Constituţiei. Legea nu putea introduce această interdicţie.

Dar, chiar dacă am admite că era posibilă limitarea numărului de mandate ale unei persoane în C.S.M. fără revizuirea Constituţiei, problema de constituţionalitate subzistă. Privită din unghiul de vedere a persoanelor care pot ocupa funcţia, interdicţia legală operează o restrângere a unui drept fundamental. Or această restrângere nu poate fi făcută decât în condiţiile art.

53C.

Prima condiţie, conform căreia restrângerea poate fi făcută numai prin lege, este îndeplinită. Dar următoarele sunt mai mult decât discutabile şi nici nu au fost analizate de C.C.. Astfel, motivele restrângerii exerciţiului unor drepturi sau libertăţi sunt expres şi limitativ enumerate în art. 53(1)C. Restrângerea exerciţiului dreptului de a fi ales în C.S.M. nu are ca fundament nici una dintre cauzele stabilite în Constituţie: apărarea securităţii naţionale, a ordinii, a sănătăţii ori a moralei publice, a drepturilor şi a libertăţilor cetăţenilor; desfăşurarea instrucţiei penale; prevenirea consecinţelor unei calamităţi naturale, ale unui dezastru ori ale unui sinistru deosebit de grav. Oricum, invocarea unei astfel de cauze de restrângere nu poate fi făcută în abstract, ci doar pentru a garanta un alt drept fundamental ori o altă libertate concret determinată, care se află în concurenţă cu cea al cărui exerciţiu este restrâns. Cum spunea Rawls, „o libertate de bază nu poate fi limitată sau refuzată decât pentru a proteja una sau mai multe alte libertăţi de bază şi niciodată […] în numele binelui public sau al valorilor perfecţioniste”[3]. În condiţiile în care cauza restrângerii nu poate fi circumscrisă noţiunilor din art. 53(1)C, restrângerea este neconstituţională. Iar C.C. ar fi trebuit să facă acest control şi nu l-a făcut.

§3. Efectele deciziei C.C. prin care se constată neconstituţionalitatea Hotărârii Senatului

O altă problemă importantă, care a polarizat părerile judecătorilor C.C., este cea a efectelor deciziei prin care este controlată constituţionalitatea unei hotărâri a Senatului.

Legea 47/1992 modificată cuprinde controlul acestor hotărâri în aceleaşi articole cu controlul regulamentelor Parlamentului. Nu sunt reglementate efecte speciale ale deciziei privitoare la constituţionalitatea hotărârilor. Deci ar trebui să poată fi aplicabile dispoziţiile art. 28(3), care însă reglementează doar efectele deciziei prin care se constată neconstituţionalitatea regulamentelor, fără

[3]John Rawls, *Libéralisme politique*, PUF, Quadrige, Paris, 2007, p. 351.

să facă nici o referire la celelalte hotărâri. Astfel, Legea dispune că „dacă prin decizie se constată neconstituţionalitatea unor dispoziţii ale regulamentului, Camera sesizată va reexamina, în termen de 45 de zile, aceste dispoziţii, pentru punerea lor de acord cu prevederile Constituţiei. Pe durata acestui termen, dispoziţiile din regulament declarate neconstituţionale sunt suspendate. La expirarea termenului de 45 de zile, dispoziţiile regulamentare declarate neconstituţionale îşi încetează efectele juridice". Or aceste reglementări nu sunt aplicabile unor hotărâri individuale. Neclaritatea efectelor deciziilor referitoare la constituţionalitatea acestui tip de hotărâri ridică serioase probleme în optica autorilor opiniei separate.

Eu cred că logica introducerii noii dispoziţii este evidentă: efectele deciziei C.C. sunt cele specifice controlului constituţionalităţii normelor, deci nu poate fi vorba de controlul constituţionalităţii hotărârilor individuale. Altfel, legiuitorul ar fi trebuit să prevadă efecte specifice aplicabile în cazul acestui tip de control.

§4. Neretroactivitatea legii

Aplicarea art. 51(1) din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii, aşa cum a fost modificat prin Legea nr. 247/2005, ridică problema retroactivităţii acestei norme. Şi aceasta pe dublu plan: mai întâi dacă norma este sau nu aplicată retroactiv atunci când interdicţia reînnoirii mandatului este făcută operantă faţă de cei care erau în exerciţiul primului mandat în momentul modificării normei şi, mai apoi, cu privire la competenţa de a decide referitor la problema eventualei retroactivităţi.

A. Este aplicată retroactiv norma legală?

Majoritatea judecătorilor C.C. consideră că nu. „Curtea reţine că prin instituirea acestei interdicţii nu sunt afectate drepturi ale membrilor Consiliului Superior al Magistraturii, aleşi anterior intrării în vigoare a Legii nr. 247/2005 şi care doresc să obţină un nou mandat. La data când au dobândit calitatea de membri ai Consiliului Superior al Magistraturii, aceştia aveau numai vocaţia de

a fi aleşi pentru un nou mandat. Curtea Constituţională constată că prin noua reglementare nu se încalcă principiul neretroactivităţii legii, consacrat prin prevederile art. 15 alin. (2) din Constituţie".

Curtea face astfel, cel puţin aparent, aplicaţia teoriei drepturilor câştigate în materia aprecierii retroactivităţii eventuale a normei. Dar această teorie este simplificată la extrem şi este denaturată. Invocarea jurisprudenţei anterioare a C.C. nu este câtuşi de puţin relevantă. Astfel, Curtea reproduce o decizie mai veche, conform căreia „Curtea a statuat că legea posterioară nu poate atinge dreptul născut sub imperiul legii anterioare, deoarece ar însemna ca legea nouă să fie aplicată retroactiv, contrar prevederilor art. 15 alin. (2) din Constituţie şi cerinţelor legate de asigurarea stabilităţii raporturilor juridice. Noua lege poate modifica regimul juridic al dreptului anterior, poate suprima acest drept sau, ceea ce, în fond, este similar, îl poate înlocui cu un alt drept care astfel se naşte"[4].

De fapt, teoria drepturilor câştigate are două idei nodale. Prima se referă la faptul achizitiv al dreptului. Când acest fapt a intervenit, dreptul este definitiv câştigat şi nu mai poate fi afectat prin norme ulterioare. Nu contează că este afectat pentru viitor. El nu poate fi atins în nici un fel. În acest sens el este *câştigat*. Altfel, legiuitorul ar putea pretinde modificarea pentru viitor a tuturor drepturilor persoanelor. Or, finalitatea teoriei este tocmai intangibilitatea drepturilor câştigate.

Cea de a doua idee este că drepturile în curs de constituire pot fi afectate pentru viitor, cu condiţia ca elementele constitutive deja câştigate să rămână intangibile. De exemplu, dacă un drept este intrat în patrimoniu, dar valoarea sa urmează a fi determinată ulterior, atunci legea nouă poate afecta modul de stabilire a valorii, dar nu existenţa dreptului în sine.

C.C. ignoră aceste reguli. Potrivit ei, legiuitorul poate face pentru viitor orice cu drepturile noastre: le poate modifica, înlocui sau suprima. Or, care mai este sensul protecţiei constituţionale în acest caz? Ce sens mai are interdicţia imperativă a retroactivităţii? A nu atinge ce a fost înseamnă doar a nu şterge efectele deja produse, sau a nu putea să ştergi efectele nici pentru viitor, dacă

[4] Decizia nr. 3 din 2 februarie 1993, publicată în M. Of. nr. 95 din 07.05.1993.

dreptul le cuprinde şi a fost definitiv câştigat? Logica elementară ne spune că a doua soluţie este corectă. Cealaltă are efecte totalitare, care afectează în modul cel mai profund cu putinţă securitatea juridică a persoanelor.

Cealaltă teorie cu privire la neretroactivitate este cea a situaţiilor juridice definitiv constituite. Aceste situaţii juridice nu pot fi modificate printr-o lege ulterioară definitivării lor. Nu contează nici de data aceasta dacă intervenţia legiuitorului modifică situaţia pentru viitor. Dacă ea este definitiv constituită, nu poate fi atinsă în nici un fel. Când situaţia este în curs de constituire, ea poate fi afectată pentru viitor, cu condiţia ca elementele deja constituite să nu fie afectate.

C.C. face aparent aplicaţia acestei terorii când susţine că „în concepţia Curţii Constituţionale, concretizată, de exemplu, prin Decizia nr. 330 din 27 noiembrie 2001, o lege nu este retroactivă atunci când modifică pentru viitor o stare de drept născută anterior şi nici atunci când suprimă producerea în viitor a efectelor unei situaţii juridice constituite sub imperiul legii vechi, pentru că în aceste cazuri legea nouă nu face altceva decât să reglementeze modul de acţiune în timpul următor intrării ei în vigoare, adică în domeniul ei propriu de aplicare".

Curtea ne spune, de fapt, că legiuitorul poate face orice, atâta vreme cât îşi maschează acţiunea sub perdeaua aplicării imediate. Or aplicarea imediată priveşte doar situaţiile în curs de constituire, nu pe cele definitiv constituite. În cazul acestora, pretenţia aplicării imediate nu poate acoperi realitatea retroactivităţii.

Concluzia Curţii este că „dispoziţiile art. 51 alin. (1) din Legea nr. 317/2004, republicată, nu aduc modificări legate de conţinutul mandatului, modul de exercitare al acestuia sau durata lui, ci instituie o interdicţie, şi anume aceea de a nu avea mai mult de un mandat. Curtea constată că această interdicţie nu influenţează desfăşurarea mandatului în curs, astfel că dispoziţiile art. 51 alin. (1) din Legea nr. 317/2004, republicată, sunt de imediată aplicare. Posibilitatea unei noi candidaturi, după expirarea mandatului, este un element extrinsec acestuia, ce poate fi modificat pentru viitor, prin lege. De altfel, legea în vigoare la momentul organizării şi declanşării alegerilor, în speţă, art. 51 alin. (1) din Legea nr. 317/2004, republicată, stabileşte condiţiile, interdicţiile şi

incompatibilităţile ce trebuie îndeplinite de un candidat".

Curtea amalgamează nepermis cele două teorii, cea a drepturilor câştigate şi cea a situaţiilor juridice, amalgamează de asemenea problema instituţională a mandatului cu problema personală a dreptului de a fi ales al persoanelor, confundă retroactivitatea cu aplicarea imediată, făcând uz de teoria alicării imediate, care este proprie doar situaţiilor juridice în curs de constituire, în cazul unei realităţi diferite, cea situaţiilor definitiv constituite.

De fapt, mandatul în timpul căruia a fost modificată Legea nu poate fi luat în calcul când este apreciată aplicarea interdicţiei cu privire la reînnoirea mandatului, căci el reprezenta o situaţie juridică definitiv constituită. Interdicţia nu putea fi aplicată decât celor care dobândeau un mandat ulterior intrării în vigoare a legii.

De altfel, chiar jurisprudenţa C.C. era în acest sens, căci atunci când a judecat posibilitatea domnului Ion Iliescu de a candida pentru ceea ce autorii sesizării considerau a fi al treilea mandat, Curtea a decis că interdicţia constituţională privind numărul limitat de mandate nu se aplică retroactiv mandatului pe care domnul Iliescu l-a îndeplinit înainte de 1992. Astfel, Curtea afirma că „mandatul de Preşedinte al României îşi găseşte consacrarea în mai multe texte constituţionale, printre care şi prevederile art. 81 alin. (4) din Constituţie, potrivit cărora *"Nici o persoană nu poate îndeplini funcţia de Preşedinte al României decât pentru cel mult două mandate. Acestea pot fi şi succesive"*. Aceste prevederi trebuie interpretate însă în contextul tuturor reglementărilor cuprinse în noul aşezământ fundamental al României, instituit prin Constituţia din 1991. Or, potrivit dispoziţiilor art. 15 alin. (2) din Constituţie *"Legea dispune numai pentru viitor, cu excepţia legii penale mai favorabile"*. Acest principiu, fiind de natură constituţională, se aplică înseşi prevederilor constituţionale, astfel încât regula interdicţiei exercitării a mai mult de două mandate de Preşedinte al României nu îşi poate găsi aplicarea decât după ce Constituţia a intrat în vigoare, adică începând cu alegerile preşedinţiale din 1992. În consecinţă, potrivit celor arătate mai sus, candidatul Ion Iliescu a îndeplinit un singur mandat între anii 1992-1996 şi de aceea prevederile art. 81

alin. (4) din Constituţie nu sunt aplicabile în cauza de faţă"[5]. Or, situaţia membrilor C.S.M. este aceeaşi. Curtea se dovedeşte astfel, cum ne-a obişnuit în ultima vreme, inconsecventă.

B. Competenţa de a decide cu privire la neretroactivitate

Problema aplicării în timp a legii care introducea interdicţia reînvestirii trebuie tranşată şi pe terenul competenţei.

Cum ne-a obişnuit deja, C.C. are tendinţa de a considera că aplicarea Constituţiei este apanajul ei exclusiv. Eu am analizat deja această pretenţie de exclusivitate, considerând că ea este neîntemeiată. Aplicarea Constituţiei este o competenţă a instanţelor ordinare. Curtea Constituţională nu are exclusivitate decât asupra declanşării eliminării normelor neconstituţionale din sistemul juridic, nu asupra tuturor aspectelor care implică aplicarea Legii fundamentale.

În cazul de faţă, aplicarea art. 15(2)C era în competenţa judecătorilor ordinari, nu în cea a C.C..

Autorii opiniei separate subliniază corect acest aspect. Astfel, ei susţin că „o altă problemă este aceea a soluţiei ce trebuie dată, în aceste condiţii, succesiunii legilor în timp; cu privire la aceasta, adunarea generală a judecătorilor Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie şi adunarea generală a judecătorilor Curţii de Apel Bucureşti au adoptat teza conform căreia norma modificatoare devine activă şi deci se aplică începând cu regimul mandatului următor, iar nu cu regimul mandatului în exerciţiu, motive pentru care adunările generale ale celor două înalte instanţe au acceptat candidaturile şi i-au votat pe candidaţii contestaţi în sesizare. Rezolvarea problemei de drept a fost dată în cadrul adunărilor generale ale judecătorilor celor două înalte instanţe şi nu a făcut obiectul controlului de legalitate efectuat de comisia de specialitate a Senatului, astfel încât nu putea face obiectul controlului de validare la votul final decât dacă Senatul ar fi fost învestit - în cadrul controlului de validare - şi

[5] **Hotărârea rr.3 din 24 octombrie 2000, privind contestarea înregistrării candidaturii domnului Ion Iliescu pentru funcţia de Preşedinte al României, Publicată în Monitorul Oficial nr. 552 din 08.11.2000.**

cu controlul rezolvărilor date problemelor de drept. Abordarea acestei probleme în sesizarea făcută de senatori excedează limitelor legale expres prevăzute ale controlului de legalitate privind procedura de validare a alegerilor; acesta este un temei esenţial privind admisibilitatea sesizării, motiv pentru care inadmisibilitatea se susţine şi mai mult. Chestiunea şi mai dificilă este aceea dacă în controlul de constituţionalitate poate să revină Curţii Constituţionale competenţa rezolvării problematicii aplicării în timp a legii".

După părerea mea, problema retroactivităţii fusese tranşată definitiv de judecătorii Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie. Ea nu putea face obiectul controlului C.C., pentru că acest obiect era circumscris problemei constituţionalităţii Hotărârii Senatului, iar aceasta nu privea problema de drept tranşată de magistraţii celei mai înalte instanţe ordinare din România. C.C. nu controla rezolvările de drept date de judecători, ci doar actul Senatului, desigur, în limitele şi cu obiecţiile arătate mai sus.

Oricum, problema aplicării în timp a legilor este o problemă de *aplicare*, care nu priveşte controlul de constituţionalitate. Instanţă ordinară decide cu privire la norma aplicabilă unei situaţii concrete. C.C. nu are exclusivitate decât asupra declanşării procedurii de eliminare a normelor retroactive din sistem, nu şi asupra alegerii normei aplicabile în cadrul unei decizii individuale. Or, în speţă era vorba de decizia cu privire la aplicarea unei norme faţă de o persoană care depune o candidatură, nu cu privire la eliminarea unei norme retroactive din sistemul juridic. Curtea Constituţională îşi depăşeşte astfel sfera de competenţă.

În concluzie, Decizia nr. 53/2011 este dată cu încălcarea competenţei C.C., nu are efecte prevăzute constituţional sau legal şi este, din motivele multiple arătate mai sus, o decizie arbitrară, cu atât mai mult cu cât încalcă chiar jurisprudenţa relevantă a instanţei constituţionale înseşi.

Capitolul 6. Probleme ridicate de decizia C.C.[1] privind constituţionalitatea abrogării dispoziţiilor penale privind insulta şi calomnia[2]

Decizia Curţii Constituţionale nr. 62 din 18 ianuarie 2007, care a stârnit deja reacţii dure din partea presei, ridică o serie de probleme fundamentale privind competenţa Curţii Constituţionale (I), privind raporturile dintre libertatea de exprimare şi demnitatea persoanei (II), privind efectele pe care le poate produce o decizie a Curţii Constituţionale (III) precum şi privind încălcarea propriei jurisprudenţe în materie (IV). Aşa cum vom arăta mai jos, primul aspect discutabil în ceea ce priveşte competenţa Curţii Constituţionale, rezultat din Decizia analizată, este depăşirea de către instanţă a limitelor sesizării, prin extinderea din oficiu a textelor constituţionale în raport cu care se realizează controlul (I, 1). Pe de altă parte, Curtea nu distinge, când îşi afirmă competenţa de a controla normele de abrogare, între abrogarea prin înlocuirea sau modificarea conţinutului normei şi cea prin eliminarea reglementării, care creează consecinţe distincte (I, 2). În fine, Curtea se pronunţă asupra omisiunilor legiuitorului, în condiţiile în care nu are această atribuţie, iar Constituţia nu stabileşte pentru legiuitor o obligaţie pozitivă de reglementare (I, 3).

Trecând peste problemele legate de competenţă şi intrând în fondul argumentaţiei Curţii, trebuie remarcat că instanţa constituţională dă prioritate demnităţii ca valoare supremă fără să o raporteze la celelalte valori supreme din art. 1 alin. (3) din Constituţie, ceea ce este inadmisibil (II, 1). Pe de altă parte, Curtea defineşte într-un mod general demnitatea ca valoare supremă, când de fapt conţinutul demnităţii nu poate fi determinat *a priori* (II, 2). Curtea inversează raporturile fireşti dintre libertatea de exprimare, care este regula, şi limitele impuse acesteia de constituţie, care sunt excepţia (II, 3). Cu această ocazie, Curtea nu se referă la demnitate din perspectiva vieţii private şi nici nu realizează controlul de proporţionalitate impus de art. 53 din Constituţie (II, 3, a). De asemenea, Curtea nu se referă la jurisprudenţa pertinentă în materie a Curţii Europene a Drepturilor Omului (II, 3, b), susţine în mod eronat că delictele de presă ar trebui incriminate în mod obligatoriu (II, 3, c) şi nu ia în considerare dificultăţile de apărare în cazul infracţiunilor de insultă şi de calomnie săvârşite prin presă (II, 3, d). În continuare, Curtea dă o interpretare trunchiată liberului acces la justiţie, contrară jurisprudenţei europene şi realităţii normative din dreptul intern şi reia teza desuetă a aşa-zisei imposibilităţi de

[1] **Curtea Constituţională, Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007.**

[2] Comentariu realizat împreună cu *Sebastian Rădulețu.*

reparare materială a prejudiciului moral, susţinută de fostul tribunal Suprem (II, 4). În fine, Curtea invocă argumente de drept comparat nerelevante (II, 5).

În planul efectelor Deciziei Curţii Constituţionale, este de remarcat, pe de o parte, că instanţa constituţională nu poate să stabilească ea însăşi care sunt efectele deciziei sale. Acestea sunt reglementate de Constituţie. Or Decizia analizată pare să încerce să facă acest lucru (III, 1). Pe de altă parte, **«î**ncetarea efectelor juridice» ale normei, declarată neconstituţională, reglementată de art. 147 din Constituţie, nu este sinonimă cu abrogarea, Curtea le înţelege însă ca sinonime, ceea ce o conduce la afirmarea repunerii în vigoare a dispoziţiilor privind insulta şi calomnia, efect mai mult decât discutabil (III, 2).

Totodată Curtea îşi contrazice nemotivat propria jurisprudenţă punând sub semnul întrebării principiul previzibilităţii dreptului într-o societate democratică, principiu normativ în dreptul nostru prin efectul art. 1 alin. (3) din Constituţie, care dispune că Romînia este stat de drept (IV).

Secţiunea 1. Probleme privind competenţa Curţii

§1. Curtea depăşeşte limitele sesizării.

Curtea Constituţională, conform art. 146 lit. d), "hotărăşte asupra excepţiilor de neconstituţionalitate privind legile şi ordonanţele, ridicate în faţa instanţelor judecătoreşti sau de arbitraj comercial". Ea nu are competenţa de a se pronunţa din oficiu asupra constituţionalităţii legilor şi ordonanţelor. Singurul caz în care Curtea poate să se pronunţe din oficiu este cel al controlului constituţionalităţii iniţiativelor de revizuire a Constituţiei. Această imposibilitate de a se pronunţa din oficiu are cel puţin două consecinţe juridice. Prima consecinţă este aceea că instanţa constituţională nu poate extinde sfera dispoziţiilor controlate, putând să se pronunţe doar asupra constituţionalităţii dispoziţiilor în legătură cu care s-a ridicat excepţia de neconstituţionalitate, în conformitate cu actul de sesizare, singura excepţie fiind cea stabilită de art. 31 alin. (2) din Legea 47/1992, dar care nu are relevanţă în Decizia analizată. A doua consecinţă este aceea că ea nu poate extinde sfera dispoziţiilor constituţionale în raport cu care realizează controlul, fiind de asemenea ţinută să se pronunţe doar prin raportare la dispoziţiile invocate în sesizare. În Decizia nr. 62 din 18 ianuarie 2007 Curtea depăşeşte însă această limită impusă competenţei sale, decizând că norma controlată este contrară art. 1 alin. (3) din Constituţie, deşi nici una dintre excepţiile ridicate nu raporta norma legală la această normă constituţională, textele constituţionale invocate de autorii excepţiilor de neconstituţionalitate fiind art. 16, art. 20, art. 21 şi art. 30 alin. (8). Curtea nu se sprijină pe art. 1 alin. (3) doar pentru a interpreta conţinutul art. 30 care dispune că "libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viaţa particulară a persoanei şi nici dreptul la propria imagine", ci se pronunţă direct în baza art.

1 afirmând că "având în vedere importanţa deosebită a valorilor ocrotite prin dispoziţiile art. 205, art. 206 şi art. 207 din Codul penal, Curtea Constituţională constată că abrogarea acestor texte de lege şi dezincriminarea, pe această cale, a infracţiunilor de insultă şi calomnie contravine prevederilor art. 1 alin. (3) din Constituţia României". Dealtfel, această problemă este sesizată şi de cei doi judecători care au formulat o opinie separată, aceştia afirmând că nu pot omite "nici existenţa unui alt viciu de ordin constituţional şi legal al soluţiei adoptate cu votul majorităţii membrilor Curţii Constituţionale. Potrivit prevederilor art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992 «Curtea Constituţională se pronunţă numai asupra constituţionalităţii actelor cu privire la care a fost sesizată...»".

§2. Poate Curtea să se pronunţe asupra constituţionalităţii normelor de abrogare?

Curtea îşi afirmă competenţa de a decide cu privire la constituţionalitatea normelor de abrogare. "Referitor la competenţa sa, Curtea reţine că art. 146 lit. d) din Constituţie nu exceptează de la controlul de constituţionalitate **dispoziţiile legale de abrogare** şi că, **în cazul constatării neconstituţionalităţii lor, acestea îşi încetează efectele juridice în condiţiile prevăzute de art. 147 alin. (1) din Constituţie, iar prevederile legale care au format obiectul abrogării continuă să producă efecte.** De altfel, Curtea Constituţională s-a pronunţat în acelaşi sens prin Decizia nr. 20 din 2 februarie 2000, publicată în Monitorul Oficial nr. 72 din 18 februarie 2000". Trebuie însă remarcat că abrogarea poate fi făcută în mai multe moduri şi că alegerea de către legiuitor a unuia dintre acestea nu este fără efecte asupra competenţei instanţei constituţionale. Astfel, dacă norma legală este abrogată prin înlocuirea sa cu o altă normă, Curtea este competentă să controleze constituţionalitatea conţinutului noii norme. Efectul declarării normei de abrogare ca fiind neconstituţională este că Parlamentul va trebui să pună de acord în 45 de zile norma cu dispoziţiile Constituţiei. Doar dacă el nu face acest lucru norma îşi încetează de drept efectele juridice. Dar situaţia se schimbă dacă norma de abrogare desfiinţează pur şi simplu norma anterioară fără să pună nici o altă normă în loc. Curtea nu are practic de data aceasta ce conţinut al noii norme să raporteze la dispoziţiile constituţionale, astfel că ea va trebui să judece dacă poate sau nu să decidă cu privire al omisiunile legiuitorului de a reglementa un domeniu. Dereglementarea nu este însă o problemă de constituţionalitate decât în condiţii particulare.

§3. Poate Curtea să se pronunţe asupra omisiunilor legiuitorului?

Regula în materia contenciosului constituţional este că doar un act, deci o manifestare pozitivă de voinţă, poate fi controlat. Totuşi unele sisteme reglementează şi un control al omisiunilor Legislativului. Logica acestui tip de control, ce pare la prima vedere

ciudat, este că uneori textul constituţional creează drepturi sau amenajează libertăţi a căror exercitare depinde de prezenţa ulterioară în sistem a unei legi care să o organizeze. Absenţa legii duce atunci la imposibilitatea de a exercita dreptul sau libertatea. Patru sisteme europene creează această posibilitate de control: cel portughez, cel italian, cel german şi cel polonez. „În *Portugalia*, Preşedintele Republicii, Mediatorul şi preşedinţii adunărilor regionale, dacă drepturile regiunilor sunt în cauză, pot sesiza Tribunalul constituţional pentru a-i cere să declare că absenţa legii împiedică realizarea unor drepturi recunoscute şi consacrate de către Constituţie care se găseşte astfel «neîmplinită». La fel, în *Italia,* Curtea poate declara neconstituţionale «omisiunile Legiuitorului care ajung la o violare a prescripţiilor constituţionale», conform formulării unei hotărâri din 1971. În *Germania,* Tribunalul constituţional poate sancţiona faptul că legea lipseşte care lasă un drept constituţional fără aplicare posibilă, ci şi faptul că legiuitorul n-ar fi modificat o lege pentru a ţine cont de schimbările de circumstanţe şi pentru a corecta inegalităţile pe care aplicarea sa le-a revelat, sau faptul că el ar fi «uitat» într-o lege să prevadă dispoziţii pentru anumite categorii de persoane. În *Polonia*, în fine, Tribunalul constituţional poate să se sesizeze din oficiu sau la plângerile şi reclamaţiile adresate de către cetăţeni, pentru a declara că lipsa legii într-un anumit domeniu dăunează exercitării drepturilor constituţionale”[3].

Întrebarea este deci dacă instanţa noastră constituţională are o astfel de competenţă, pentru că exact o astfel de omisiune a legiuitorului este baza raţionamentului Curţii în decizia analizată. Astfel „Curtea reţine că (…) prin abrogarea dispoziţiilor legale menţionate s-a creat un inadmisibil **vid de reglementare** (…) Curtea Constituţională nu poate reţine existenţa unei ocrotiri juridice reale prin posibilitatea **recunoscută de instanţele judecătoreşti** persoanelor vătămate prin infracţiunile menţionate, de a obţine daune morale în cadrul procesului civil, deoarece o asemenea formă de ocrotire juridică **nu este reglementată explicit** ci este instituită pe cale jurisprudenţială. Pe de altă parte, recurgerea la procesul civil, întemeiată, prin analogie, pe dispoziţiile art. 998 din Codul civil – care reglementează răspunderea patrimonială pentru prejudiciile produse prin fapte ilicite - nu constituie o protecţie juridică adecvată (…)”. Deci Curtea judecă faptul că legiuitorul nu a reglementat. Nu este de fapt vorba de adecvarea reglementării la situaţia reglementată, ci de lipsa reglementării, jurisprudenţa instanţelor ordinare nefiind, în opinia Curţii, capabilă să suplinească lipsa unei reglementări exprese.

Curtea Constituţională română a avut constant o atitudine restrictivă în interpretarea atribuţiilor sale. Ea refuză să-şi extindă jurisprudenţial atribuţiile stabilite de art. 146 din Constituţie. Or, între aceste atribuţii, nu este expres menţionată cea de a suplini

[3] Dominique Rousseau, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, Paris, 1998, p. 92-93.

omisiunile legislativului sau de a-l obliga pe acesta să reglementeze. Curtea este atentă dealtfel, în jurisprudenţa sa, la problema separaţiei puterilor în stat şi la eventuala încălcare a acestui principiu prin extinderea sferei sale de competenţă. Astfel, ea a decis că „potrivit competenţei sale, aşa cum este prevăzută în art. 2 alin. (3) din Legea nr. 47/1992, şi respectând principiul constituţional al separaţiei puterilor în stat, Curtea Constituţională nu poate modifica sau completa prevederea legală supusă controlului" (Decizia 103/2004; Decizia 614/2006). Desigur, ea este cu atât mai puţin competentă să impună legiuitorului o reglementare. Or, în decizia analizată, se face acest lucru. Ea obligă legiuitorul să aleagă protecţia penală a demnităţii persoanei prin incriminarea infracţiunilor de insultă şi calomnie. Chiar dacă am putea admite că instanţa constituţională ar putea sancţiona omisiunile legiuitorului, acest lucru ar trebui să fie consecinţa unei obligaţii pozitive de reglementare stabilită de Constituţie în sarcina acestuia, or nu acesta este cazul în decizia analizată. Curtea invocă art. 30 alin. (8) din Constituţie, care dispune, în teza finală, că „delictele de presă se stabilesc prin lege". De aici deduce că, datorită dimensiunii constituţionale a delictelor de presă, legiuitorul nu poate elimina din legislaţie aceste delicte. De fapt însă, sensul dispoziţiei este stabilirea competenţei exclusive a legiuitorului de a stabili delicte de presă şi nu stabilirea unei obligaţii de reglementare. Este vorba de o protecţie a libertăţii de exprimare şi nu de o limită a acesteia, cum o interpretează Curtea Constituţională. Deci, legiuitorul nu are nici o obligaţie constituţională de a stabili delicte de presă şi de a oferi o protecţie penală demnităţii persoanei, ceea ce face ca decizia Curţii să depăşească în mod clar sfera sa de competenţă, pentru că ea obligă legiuitorul să reglementeze şi, mai mult, îi impune modul acestei reglementări, încălcând principiul separaţiei puterilor în stat.

Diferenţa faţă de Decizia Curţii Constituţionale nr. 20 din 2000 invocată în considerente este esenţială şi dacă luăm în consideraţie faptul că instanţa constituţională considera atunci că legiuitorului îi incumbă o obligaţie pozitivă de reglementare şi avea dreptate, în timp ce în Decizia din 2007, cum am arătat, această obligaţie pozitivă este afirmată în urma unei erori de interpretare a dispoziţiilor art. 30 alin. (8) din Constituţie. Astfel, Curtea Constituţionala reţinea în Decizia nr. 20 din 2000 în mod justificat „că raţiunile pe care se întemeiază prevederile din actele internaţionale avute în vedere în considerentele anterioare ale acestei decizii se află în convergentă cu dispoziţiile art. 123 alin. (2) din Constituţie, conform cărora «Judecătorii sunt independenţi şi se supun numai legii». Într-adevăr, aceste dispoziţii constituţionale nu au un caracter declarativ, ci constituie norme constituţionale obligatorii pentru Parlament, **care are îndatorirea de a legifera instituirea unor mecanisme corespunzătoare de asigurare reală a independenţei judecătorilor**, fără de care nu se poate concepe existenta statului de drept".

Secţiunea 2. Raporturile dintre demnitate şi libertatea de exprimare

Curtea face o confuzie între demnitatea, onoarea şi reputaţia persoanei ca elemente ale vieţii private şi demnitatea ca valoare supremă. Dincolo de problema depăşirii limitelor învestirii, fondul presupusei contradicţii dintre normele legale analizate şi art.1 alin. 3 din Constituţie ar trebui analizat dintr-o dublă perpectivă: pe de o parte, locul demnităţii în cadrul celorlalte valori supreme consacrate de textul constituţional, pe de altă parte, admisibilitatea utilizării în mod exclusiv a acestei valori supreme în vederea limitării libertăţii de exprimare.

§1. Curtea dă prioritate, în mod inadmisibil, demnităţii în raport cu celelalte valori supreme

Este adevărat că demnitatea reprezintă o valoarea supremă conform normei contituţionale, dar nu este mai puţin adevărat că aceeaşi normă impune şi alte valori supreme, precum drepturile şi libertăţile cetăţenilor sau libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea sau pluralismul politic. În decizia analizată instanţa pare să acorde o importanţă particulară demnităţii, în detrimentul celorlalte valori supreme, deşi Constituţia nu stabileşte o ierarhie a acestora şi nici nu ar fi putut să o facă[4]. În acest plan al valorilor supreme, preponderenţa acordată demnităţii poate duce la desconsiderarea altora la fel de impotante. În primul rînd, limitarea libertăţii de exprimare prin reactivarea normelor penale abrogate poate constitui o vătămare a drepturilor şi libertăţilor cetăţenilor în sensul de valoare supremă. În al doilea rând, este indubitabil faptul că libera dezvoltare a personalităţii umane presupune cu necesitate atât respectarea dreptului la informare (art.31), cât şi dreptul de a comunica aceste informaţii (libertatea de exprimare - art.30). Orice restrângere a acestor libertăţi ridică problema respectării liberei dezvoltări a personalităţii umane ca valoare supremă. În al treilea rând, nu se poate vorbi de un pluralism politic real dacă cetăţenii nu pot să comunice şi să fie informaţi nestingherit cu privire la problemele de interes public. Sancţionarea penală a eventualelor excese ale libertăţii de exprimare poate pune sub semnul întrebării caracterul efectiv al celorlalte valori supreme.

Astfel, prin rolul important pe care îl are libertatea de exprimare la nivel individual şi social, orice atingere adusă acesteia implică raportarea la toate valorile supreme

[4] Vezi Dan Claudiu Dănişor, Valorile supreme ale statului roman, Revista romana de drepturile omului, nr. 24/2004. Dan Claudiu Dănişor, Gheorghe Dănişor, Demnitatea omului: valoarea supremă a statului român, Revista de Ştiinţe Juridice, nr. 29/2005. Dan Caludiu Danisor, L'utopie constitutionalisé, în Utopies, entre droit et politique, Etudes en hommage à Claude Courvoisier, Editions Universitaires de Dijon, 2005.

menţionate mai sus. În decizia analizată, Curtea acordă întâietate demnităţii, în detrimentul celorlalte valori supreme, pe care nici măcar nu le menţionează, fără să justifice în vreun fel această alegere. Sprijinindu-se în mod exclusiv pe demnitate şi analizând numai prin această prismă norma legală supusă controlului, Curtea a rupt echilibrul necesar care ar trebui să domnească între aceste valori supreme, aşa cum o impune chiar conceptul de dreptate. Neluarea în considerare a celorlalte valori supreme incidente în cauză este cu atât mai surprinzătoare cu cât această excludere nu este explicată în nici un fel.

§2. Poate Curtea să definească de o manieră generală demnitatea ca valoare supremă?

Dintr-o altă perspectivă, Curtea foloseşte o valoare supremă, demnitatea, pentru a justifica limitarea libertăţii de exprimare. Se vorbeşte de demnitatea persoanei ca fiind obiect juridic al infracţiunilor de insultă şi de calomnie, alături de reputaţie şi de onoare. Este de remarcat faptul că art.205 C.p. foloseşte expres numai noţiunile de onoare sau reputaţie. Adăugând la obiectul juridic special al infracţiunilor de insultă şi de calomnie pe lângă noţiunile expres prevăzute de lege şi noţiunea de demnitate (opinie de altfel larg răspândită în doctrina penală), Curtea încearcă practic o concretizare a demnităţii, o apreciere a ei determinată de speţa analizată, dar cu o vădită tendinţă generalizatoare. Astfel, menţionarea de către Curte a demnităţii în acelaşi context cu onoarea şi reputaţia, ca reprezentând un aspect al obiectului juridic special al infracţiunilor de insultă şi calomnie, deşi textul de lege nu utilizează această noţiune, duce la concluzia că, din punctul de vedere al instanţei de contencios constituţional, demnitatea capătă astfel un conţinut concret, definit şi limitat, de aceeaşi natură cu onoarea şi reputaţia, conţinut ce ar trebui protejat de o manieră generală prin mijloace de drept penal.

Or, definirea demnităţii ca valoare supremă nu poate fi făcută într-o manieră generală fără a exista pericolul ca judecătorul să impună societăţii propria sa viziune despre aceasta. În principiu, definirea ar trebui să se facă într-un mod negativ, conjunctural, numai în vederea aplicării în speţa respectivă, aşa cum face de exemplu Curtea constituţională germană când, afirmând că demnitatea umană trebuie apreciată întotdeauna în funcţie de cazul concret, determină conţinutul acesteia prin afirmarea faptului că „fiinţa umană nu trebuie redusă la un obiect în mâinile puterii statului”, dar şi că aceste exprimări generale

„pot doar să schiţeze cadrul în care pot fi găsite violările demnităţii umane”.[5] Astfel se tinde spre obţinerea unei neutralităţi ideologice, demnitatea umană nefiind definită nici în funcţie de preceptele unei filosofii individualist-liberale, nici în funcţie de cele ale comunitarismului. Deşi demnitatea umană este inerentă fiinţei umane şi, deci, intangibilă, universală, aprecierea ei trebuie să rămână, din această perspectivă, conjuncturală.

Şi în sistemul nostru constituţional ar fi admisibilă o astfel de definire conjuncturală a demnităţii, atunci când ar fi vorba de un aspect al demnităţii care nu este apărat expres prin intermediul unui drept fundamental deja consacrat. Însă, în speţa de faţă, nu ne aflăm într-un astfel de caz deoarece sensul noţiunii de demnitate la care face curtea referite este acoperit în totalitate de noţiunea de viaţă privată. Demnitatea, din această perspectivă, nu reprezintă decât un element al vieţii private, drept fundamental apărat expres de art.26 din legea fundamentală. Astfel, orice referire la demnitatea umană, în sensul avut în vedere de către Curte în această decizie, ar trebui să fie făcută prin intermediul dreptului prevăzut de art.26.

În schimb, în decizia analizată, Curtea conferă un conţinut demnităţii, dar nu unul conjunctural şi contingent, ci unul cu pretenţii de generalitate, ce pare dominat mai degrabă de o viziune în egală măsură individualistă şi comunitaristă. Argumentele pentru necesitatea protecţiei penale a demnităţii astfel înţelese se referă la ofensele aduse indivizilor, la „respectul faţă de fiecare membru al colectivităţii”, dar şi la pacea socială, la evitarea unor „conflicte permanente”. Or, această tendinţă de definire globală a demnităţii poate reprezenta un pericol de impunere a unei anumite viziuni personale a judecătorului, acţiune lipsită de orice legitimitate. Conturarea de o manieră generală a conţinutului demnităţii, atunci când conceptul este utilizat în sensul de valoare supremă, duce în mod direct la impunerea unei anumite viziuni care nu este proprie Constituţiei însăşi, ci judecătorului constituţional, cel care interpretează Constituţia. Astfel, demnitatea umană nu mai este o valoare supremă propriu-zisă, un obiectiv constituţional în funcţie de care trebuie interpretate drepturile fundamentale, o noţiune pur intelectuală, ci devine un concept juridic, cu un conţinut precis, devine chiar, am putea spune, un „drept la demnitate”. Acest „drept” care ar fi în acelaşi timp şi o valoare supremă, ar cuprinde între altele şi onoarea şi reputaţia persoanei şi s-ar cere protejat prin mijloace foarte drastice cum sunt cele oferite de dreptul penal.

Demnitatea, dobândind astfel un conţinut juridic precis nu ar face altceva decât să predomine în raport cu alte drepturi, din moment ce ea este în acelaşi timp o valoare supremă, iar celelalte drepturi nu. În cazul unui conflict între demnitate, astfel înţeleasă, şi

[5] Maurer, B., Le principe du respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, La documentation française, 1999.

un drept fundamental, singura soluţie ar fi limitarea dreptului respectiv, iar mecanismul de reglare a unor astfel de conflicte, prevăzut de art.53 ar fi de prisos. Dreptul la demnitate nu ar fi altceva decât un drept absolut, pură creaţie jurisprudenţială.

Este evident că o astfel de viziune nu rezultă din textul Constituţiei care nu impune nici un fel de ierarhie, nici la nivelul valorilor supreme prevăzute de art.1 alin.3, nici la nivelul drepturilor fundamentale. Justificarea neconstituţionalităţii normelor de abrogare prin referire exclusivă la demnitate ca valoare supremă, aşa cum o face Curtea în prezenta decizie, pare astfel cel puţin curioasă.

Cu certitudine, demnitatea persoanei poate fi considerată ca reprezentând un element al obiectului juridic al infracţiunilor de insultă şi de calomnie, pe picior de egalitate cu alte valori de acelaşi gen, precum onoarea sau reputaţia persoanei, dar în acest caz nu vorbim de demnitate ca valoare supremă în sensul art.1 alin.3, ci de demnitate ca element al dreptului mai larg la protecţia vieţii private. Din această perpectivă, textul constituţional care utilizează demnitatea în acest sens precis şi pe care Curtea se poate sprijini în justificarea unei limitări a libertăţii de exprimare este fără îndoială art.30 alin.6. El reprezintă norma specială în materie, în timp ce art.1 alin.3 oferă câteva criterii de interpretare teleologică, o gamă de valori supreme între care nu face nici un fel de distincţie.

§3. Limitarea libertăţii de exprimare prin decizia analizată

Având în vedere considerentele expuse mai sus, raporturile dintre libertatea de exprimare şi demnitate, înţeleasă ca element al vieţii private, nu reprezintă altceva decît un conflict clasic între două libertăţi, conflict ce trebuie soluţionat conform regulilor generale prevăzute în art. 53 şi normei speciale reprezentate de art. 30 alin. 6. Alături de întemeierea pe art. 1 alin. 3 analizată mai sus, Curtea încearcă să justifice necesitatea repunerii în vigoare a art. 205 şi 206 C.p. sprijinindu-se şi pe art. 30 alin. 6. Şi această parte a considerentelor, în care se analizează raporturile celor două infracţiuni cu libertatea de exprimare, este susceptibilă de mai multe critici.

A. Curtea nu raportează dispoziţia controlată la art. 26 şi nu face aplicaţia art. 53 din Constituţie

În primul rând este de remarcat faptul că instanţa nu face nici o referire expresă la viaţă privată, ca drept fundamental ce include demnitatea, onoarea şi reputaţia persoanei, apărat de art. 26. Astfel, nu invocă expres acest drept pentru limitarea libertăţii de exprimare, ci ajunge direct la art. 30 şi la limitele prevăzute de acesta. Or, făcând referire numai la acest articol, posibilul conflict între două libertăţi teoretic egale, care ar fi dat poate mai multă greutate soluţiei Curţii, se transformă automat într-un raport ierarhic între

un principiu general, libertatea de exprimare, proclamat de art.30 alin.1 şi o excepţie de la acest principiu, o limitare, prevăzută de art.30 alin.6. Ca orice excepţie de la regulă, această limitare nu poate avea loc ori de câte ori libertatea de exprimare duce la atingerea demnităţii, onoarei, vieţii particulare a persoanei sau a dreptului acesteia la propria imagine, ci numai cu respectarea regulilor generale impuse de art.53, în primul rând cu respectarea regulii proporţionalităţii. Nefiind un drept absolut, este evident că de la principiul libertăţii de exprimare pot exista derogări, cum ar fi cele efectuate în vederea protecţiei demnităţii şi onoarei persoanei. Însă aceste derogări trebuie să fie de strictă interpretare şi aplicare, în caz contrar excepţia ar fi transformată în principiu. Nerealizarea controlului de proporţionalitate impus de către art.53 ar goli de conţinut principiul libertăţii de exprimare întrucât acesta ar fi limitat ori de câte ori ar exista formal o atingere adusă vreuneia dintre valorile menţionate la art.30 alin.6. Acest control de proporţionalitate ar fi fost cu atât mai necesar în cazurile când limitarea prevede sancţiuni drastice, aşa cum sunt cele de natură penală.

Or, în considerentele hotărârii analizate, Curtea nu face nici un fel de referire la acest mecanism de reglare a raportului dintre dreptul fundamental şi excepţiile de la acesta. Se limitează doar să afirme că protecţia demnităţii este una dintre limitele prevăzute de Constituţie la libertatea de eprimare şi, ca atare, orice normă legală, chiar penală, care tinde să apere această valoare este constituţională şi poate limita libertatea de exprimare. Nu este menţionat nici măcar principiul proporţionalităţii conţinut de art. 53. În această accepţiune, libertatea de exprimare devine un drept golit de orice conţinut, susceptibil să fie limitat în nenumărate cazuri, întrucât art.30 prevede, formal, o multitudine de limitări.

B. Curtea nu se referă la jurisprudenţa pertinentă a Curţii Europene a Drepturilor Omului

În al doilea rând, este cel puţin surprinzător faptul că, în acest context, instanţa de contencios constituţional nu face nici un fel de referire la bogata jurisprudenţă[6] contra României dezvoltată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului, jurisprudenţă determinată tocmai de existenţa în dreptul român a art.205-207 Cod penal. Este adevărat, instanţa constituţională face trimitere la art.10 alin.2 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, însă interpretează acest text într-o manieră originală. În opinia Curţii constituţionale, simpla prevedere în textul convenţional a faptului că libertatea de exprimare poate fi limitată pentru protecţia „reputaţiei sau a drepturilor altora" ar fi suficientă pentru justificarea oricărei măsuri limitative. Or, Curtea europeană, ori de câte

[6] Hotărîrile pronunţate în cazurile *Dalban* (28 septembrie 1999), *Sabou şi Pârcălab* (28 septembrie 2004), *Cumpănă şi Mazăre* (17 decembrie 2004).

ori se află în prezenţa unei pretinse limitări a libertăţii de exprimare, nu ezită să reafirme principiul liberei exprimări şi importanţa acestuia într-o societate democratică[7] şi totodată să facă aplicarea în detaliu a regulii proporţionalităţii. Interpretarea Convenţiei de către Curtea europeană este obligatorie pentru toate instanţele interne, inclusiv pentru cea de contencios constituţional, în temeiul art.20 din legea fundamentală. Nereferirea la jurisprudenţa pertinentă a acesteia şi neaplicarea regulii proporţionalităţii într-un domeniu atât de delicat cum este limitarea prin norme de drept penal a libertăţii de exprimare, poate determina şi pe viitor apariţia unor cazuri de încălcare a Convenţiei. Contrar opiniei Curţii, care susţine că „nu există nici o incompatibilitate între principiul libertăţii de exprimare şi incriminarea insultei şi calomniei, care să impună dezincriminarea acestor infracţiuni", jurisprudenţa europeană menţionată prevede condamnări ale statului român tocmai pentru existenţa unor astfel de incompatibilităţi.

C. Curtea susţine în mod eronat obligativitatea existenţei delictelor de presă

În al treilea rând, Curtea constată că abrogarea art.205-207 din Codul penal ar contraveni art.30 alin.8, potrivit căruia „delictele de presă se stabilesc prin lege". Din acest text, Curtea trage concluzia că stabilirea delictelor de presă ar constitui o normă constituţională şi că pedepsirea lor ar fi obligatorie, ceea ce ar face imposibilă elimiarea lor din legislaţie. Această susţinere este relevantă nu numai cu privire la imposibilitatea Curţii de a se pronunţa asupra omisiunilor legiuitorului (a se vedea mai sus pct. ...) ci şi cu privire la concepţia Curţii despre limitele libertăţii de exprimare. Considerăm că această interpretare este greşită fiind ruptă din contextul general al articolului 30. Norma menţionată, referindu-se la limitarea unui drept fundamental şi fiind o normă represivă, trebuie interpretată în sens strict. De asemenea, art.30 trebuie interpretat în mod sistematic. Or, conform acestor reguli de intepretare, sensul alineatului 8 este

[7] "… libertatea de exprimare, consacrată de paragraful 1 al articolului 10, constituie unul din fundamentele esenţiale ale unei societăţi democratice, una dintre condiţiile esenţiale ale progresului şi ale dezvoltării fiecăruia. … Aceasta nu se aplică numai pentru «informaţiile» sau «ideile» primite favorabil sau considerate ca inofensive sau indiferente, ci şi pentru acelea care rănesc, şochează sau îngrijorează; aşa o cere pluralismul, toleranţa şi spiritul de deschidere fără de care nu poate exista societate democratică" (hotărârea din 7 decembrie 1976, pronunţată în cazul Handyside contra Regatului Unit, § 49)

acela că eventualele delicte de presă nu pot fi stabilite decât prin lege, nu printr-un act normativ infralegislativ, tocmai pentru a proteja mai bine libertatea de exprimare împotriva tendinţelor autoritare ale puterii executive sau judecătoreşti iar nu pentru a limita această libertate. Dar acest lucru nu înseamnă că în legislaţie trebuie neapărat să fie prevăzute delicte de presă, aşa cum susţine Curtea, într-o logică cel puţin neliberală.

D. Curtea nu ia în considerare specificul infracţiunilor de insultă şi calomnie prin presă

Referirea pe care Curtea o face la acest text de lege vizează expres nu libertatea de exprimare în general, ci libertatea presei, deoarece delictele de presă, evident, ar fi menite să pedepsească excesele exprimării prin mass-media. De altfel, în sprijinul intepretării eronate pe care Curtea o dă art.30 alin.8, instanţa aduce şi argumentul inexistenţei unei legi a presei, lege specială care să pedepsească delictele de presă.

Din această perspectivă a libertăţii presei, trebuie subliniat faptul că fostele articole 205-207 din Codul penal sunt în mod particular mai restrictive deoarece pot determina încălcarea dreptului la liberă exprimare nu numai prin faptul că atrag răspunderea penală, ci şi prin împrejurarea că apărarea ziariştilor acuzaţi de săvârşirea infracţiunii de insultă sau de calomnie este foarte dificilă. Dificultatea apărării în materie face ca normele respective să constituie o puternică limitare a libertăţii presei. De altfel, condamnările României de până acum, de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru violarea art.10 din Convenţie, privesc în principal libertatea presei.

În cazul presei, ca urmare a specificului acesteia, fapta imputată poate fi dovedită uşor de către partea vătămată prin depunerea articolului incriminat sau a înregistrării emisiunii respective. În principiu, în măsura în care era dovedită existenţa elementelor constitutive ale infracţiunii şi nu exista nici una din cauzele expres prevăzute de lege pentru înlăturarea răspunderii penale, inculpatul nu se mai putea apăra decât făcând proba veritătii celor afirmate sau imputate, în condiţiile articolului 207 C.p., care constituia o ”cauză de înlăturare a infracţiunii”[8]. Asistăm astfel la o răsturnare a sarcinii probei: dacă iniţial inculpatul se bucura de prezumţia de nevinovăţie şi partea vătămată era ţinută

[8] Octavian Loghin, Avram Filipaş, *Drept penal român. Partea specială*, Casa de editură şi presă Şansa, Bucureşti, 1992, p.79.

să dovedească existenţa infracţiunii, ulterior inculpatul era cel care trebuie să facă proba veritătii.

Trebuie precizat că proba veritătii nu era admisă decât în condiţii particulare, pentru apărarea unui ”interes legitim”. Or, această noţiune a fost interpretată într-un mod restrictiv de către jurisprudenţă[9]. Astfel, era dificilă construirea unei apărări eficiente de către inculpat în condiţiile în care probarea unor astfel de infracţiuni nu punea probleme deosebite, mai ales când era vorba de presă. În acest mod existenţa normelor penale menţionate, aşa cum le-am descris mai sus, dublate de prevederea unor pedepse cu închisoarea pentru infracţiunea de calomnie, erau de natură să aducă o limitare puternică libertăţii de exprimare; existând posibilitatea ca ea să fie transformată din principiu, în excepţie.

Tot aici trebuie subliniată existenţa unor chestiuni de natură să îngreuneze sau chiar să facă imposibilă aplicarea acestui mijloc de apărare care îl constituia proba veritătii.

În primul rînd, mai ales în cazul presei, era dificil de stabilit de către ziarist veridicitatea absolută a unor informaţii care îi parveneau. Chiar în măsura în care le verifica prin mai multe surse, el nu putea fi absolut sigur de adevărul lor. În plus, în condiţiile de existenţă a mijloacelor de informare în masă de azi, când circulaţia informaţiei este extrem de rapidă şi valoarea ei depinde de rapiditatea cu care este adusă la cunoştinţa publicului, de foarte multe ori nu există timpul necesar pentru ca ziaristul să treacă la verificări detaliate înainte de publicare. În această situaţie este dificilă probarea, în sensul procedural al termenului, a veritătii faptelor afirmate sau imputate. Astfel, dacă articolul 207 C.p. era interpretat de fiecare dată în sensul că inculpatul era ţinut să dovedească în mod indubitabil că cele afirmate sau imputate erau adevărate, proba veritătii devenea o adevărată *probatio diabolica*. Considerăm că o soluţie a problemei ar fi constituit-o interpretarea mai suplă a acestei norme penale de către instanţele de judecată atunci când era vorba de mijloacele de informare în

[9]Dorin Ciuncan, *"Interesul legitim" în cazul admisibilităţii probei veritătii*, Dreptul, nr.4/1997, p.75; Dorin Octavian, *Definirea interesului legitim în cazul infracţiunilor contra demnităţii*, RRD 5/1980, p.29.

masă, datorită condiţiilor specifice de activitate a acestora şi rolului lor într-o societate democratică. Din acestă perspectivă ar fi trebuit considerată ca suficientă dovedirea de către inculpat a faptului că la data publicării toate indiciile de care dispunea, potrivit deontologiei profesionale, conduceau la concluzia că faptele afirmate erau adevărate.

O astfel de interpretare era nu numai necesară, aşa cum am arătat mai sus, dar şi posibilă, din perspectiva metodelor generale de interpretare a dreptului. Astfel, pe de o parte, norma prevăzută de articolul 207 C.p. era o normă ce tindea să protejeze unele libertăţi fundamentale ale persoanei (libertatea de exprimare şi libertatea individuală) şi de aceea ea trebuia interpretată într-un mod extensiv, susceptibil de a atinge scopul avut în vedere de legiuitor. Pe de altă parte, libertatea de exprimare constituie regula într-o societatea democratică. Interpretarea propusă ar fi dus la consolidarea acestui principiu.

În al doilea rând, libertatea de exprimare presupune nu numai comunicarea unor fapte, a unor informaţii, în sensul strict al termenului, ci şi formularea unor opinii, a unor judecăţi de valoare. Pentru acestea din urmă, este evident că proba veritătii nu se putea aplica. Nu poţi demonstra judiciar adevărul unei opinii, ci numai adevărul unei fapte afirmate.[10]

În cazul fostei legislaţiei privitoare la infracţiunile de insultă şi calomnie, aşa cum era ea interpretată de către instanţele de judecată, dreptul român putea aduce atingeri libertăţii de exprimare garantată de articolul 30 din Constituţie.

§4. Curtea interpretează eronat liberul acces la justiţie

Un alt motiv de neconstituţionalitate a abrogării art.205-207 C.p., l-ar constitui, în opinia Curţii, încălcarea în esenţă a liberului acces la justiţie prevăzut de art.21 din

[10] Curtea Europeană a Drepturilor Omului face în mod constant această distincţie. De exemplu în hotărârea din 8 iulie 1986 pronunţată în *cazul Lingens c. Austriei*, Curtea statuează : "Trebuie distins cu grijă între fapte şi judecăţi de valoare. Dacă materialitatea primelor se poate dovedi, cele din urmă nu se pretează la o demonstraţie a exactităţii lor. … [În dreptul austriac] jurnaliştii nu pot evita o condamnare … decât dacă probează veritatea aserţiunilor lor. …Or, pentru judecăţile de valoare, această exigenţă este irealizabilă şi aduce atingere libertăţii de opinie însăşi, element fundamental al dreptului garantat de articolul 10 din Convenţie." (§ 46)

Constituţie. Din această perspectivă se spune, în considerentele hotărârii analizate, că norma respectivă ar încălca şi art.16 din Constituţie, dar şi dreptul la un proces echitabil prevăzut de art.6 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului şi dreptul la un recurs efectiv apărat de art.13 din aceeaşi Convenţie.

Pentru a ajunge la această concluzie, Curtea menţionează că persoanele vătămate prin infracţiunile de insultă şi de calomnia nu ar mai putea să-şi apere drepturile în procesul civil deoarece aici nu ar exista o cale reglementată explicit, ci numai soluţii jurisprudenţiale, iar art.998 C.civ. nu ar constitui o protecţie adecvată, deoarece reparaţiile oferite ar fi exclusiv de natură patrimonială, iar demnitatea umană nu poate fi evaluată în bani.

Considerăm că acest punct de vedere nu este la adăpost de critici. În primul rând, afirmaţia Curţii este cel puţin surprinzătoare, ea constituind o revenire la teza din perioada comunistă potrivit căreia prejudiciul moral nu ar putea fi acoperit prin reparaţii de ordin material, viziune marcată de ideologia totalitară şi impusă prin Decizia de îndrumare a fostului Tribunal Suprem nr. VII din 29 decembrie 1952[11]. Dealtfel, repararea materială a prejudiciului moral este unanim acceptată în democraţiile liberale actuale şi este aplicată constant de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

În al doilea rând, reparaţia civilă a prejudiciilor rezultate din excesele libertăţii de exprimare are un temei juridic legal: art.998 C.civ., iar regulile jurisprudenţiale dezvoltate în materie sunt suficient de coerente astfel încât să ofere un mijloc juridic efectiv de protecţie. Nu trebuie uitat că aceste reguli referitoare la răspunderea civilă delictuală nu sunt noi, nu trebuie create de către instanţe acum, după abrogarea textelor cu pricina, ci ele există de multă vreme, fiind regulile dezvoltate şi aplicate de către instanţele penale chemate, până la abrogare, să soluţioneze latura civilă a proceselor de insultă şi calomnie. În al doilea rând, prejudiciul moral este reparat prin acordarea de daune materiale. De altfel şi în procesele penale acesta era scopul pentru care partea vătămată se constituia parte civilă. Dacă ar fi să adoptăm punctul de vedere al Curţii, potrivit căruia demnitatea umană nu poate fi evaluată în bani, ar trebui ca în aceste procese penale unde, în principiu, nu există decât prejudiciu moral, să fie interzisă constituirea de parte civilă, lucru inacceptabil. Sau ar trebui să considerăm că singura satisfacţie pentru partea vătămată nu ar fi decât condamnarea penală a persoanei vinovate, lucru de asemenea greu de acceptat. În plus, procesul civil asigură şi o echitate a procedurii pentru pârât, care nu-şi mai vede limitate posibilităţile de apărare, aşa cum am văzut că se întâmplă în cazul infracţiunilor de insultă şi de calomnie.

[11] Pentru dezvoltări vezi Gheorghe Vintilă, Repararea daunelor morale prin mijloace patrimoniale şi nepatrimoniale, Editura Scrisul Românesc, Craiova, 1999, p. 70-110.

În altă ordine de idei, faptul că instanţa de contencios constituţional invocă necesitatea protecţiei juridice a demnităţii, conform art.21 din Constituţie şi art.6 şi 13 din Convenţie, vine să confirme, o dată în plus, concepţia pe care aceasta o are despre demnitate, gândită nu numai ca o valoare supremă ci şi ca un drept în sine, cu toate consecinţele care decurg de aici, consecinţe analizate mai sus ... *„Înlăturarea mijloacelor penale de ocrotire a demnităţii ca valoare supremă în statul de drept, determină încălcarea caracterului efectiv al accesului la justiţie în această materie."* Or, art.21 din Constituţie prevede accesul la justiţie în vederea apărării drepturilor şi libertăţilor, iar art.6 şi 13 din Convenţie se referă în esenţă la posibilitatea de a sesiza o instanţă tot pentru apărarea drepturilor substanţiale prevăzute de Convenţie. Dacă demnitatea nu ar fi gândită ca un drept, ea nu ar putea beneficia de o astfel de protecţie. Din nou Curtea pune semnul egalităţii între demnitate şi „dreptul la onoare şi la o bună reputaţie" susţinând că ar fi încălcată egalitatea în drepturi dacă demnitatea, onoarea şi reputaţia nu ar fi apărate precum celelalte drepturi ale persoanelor.

Însă, această concepţie a Curţii este criticabilă pentru că nu rezultă în nici un fel din legea fundamentală; ea nu este decât o creaţie a judecătorilor. Valorile supreme menţionate la art.1 alin.3 nu au un conţinut concret şi nici nu beneficiază de protecţie juridică. Numai drepturile şi libertăţile beneficiază de această protecţie conform art.21 din Constituţie. Argumentul Curţii privind încălcarea accesului la justiţie devine astfel foarte vulnerabil. Dacă demnitatea nu este decât o valoare supremă, aşa cum de altfel este prevăzută în Constituţie, ea nu poate fi protejată pe cale juridică şi deci art.21 nu ar putea fi invocat în sprijinul tezei neconstituţionalităţii susţinute de către Curte. Din contră, dacă demnitatea este numai un drept ce trebuie protejat în temeiul art.21, atunci ea este un element al vieţii private, o libertate fundamentală ca şi libertatea de exprimare, caz în care preferinţa pentru una sau pentru cealaltă nu se impune de la sine, ca în prima ipoteză, ci trebuie explicată concret conform regulilor exprese ale art.53, ceea ce Curtea nu face. Simpla proclamare a priorităţii demnităţii în raport cu libertatea de exprimare nu este suficientă şi nici nu are darul să convingă în vreun fel.

§5. Nerelevanţa argumentelor de drept comparat invocate de Curte

Un alt argument al Curţii în favoarea neconstituţionalităţii normelor de abrogare este acela că incriminări asemănătoare, chiar mai severe, se întâlnesc şi în alte ţări europene, precum Franţa, Germania, Italia, Elveţia etc.

Trebuie precizat că dreptul comparat nu este obligatoriu pentru instanţele române, neconstituind decât un argument pur intelectual, fără o forţă juridică concretă. Este surprinzător cum instanţa de contencios constituţional aduce în favoare tezei sale

argumente de acest fel, trecând sub tăcere jurisprudenţa obligatorie a Curţii eruopene care, aşa cum am arătat, a condamnat România tocmai pentru încălcarea libertăţii de exprimare în temeiul normelor penale a căror necesitate absolută o susţine Curtea Constituţională în decizia analizată.

Însă argumentele de drept comparat sunt relative şi dintr-o altă perspectivă. Într-adevăr, spre exemplu, în Franţa există o lege a presei din 29 iulie 1881, care în articolul 29 prevede infracţiunile de insultă şi de calomnie iar singurul mijloc de apărare prevăzut de lege este tot proba veritătii. În schimb, de-a lungul timpului, jurisprudenţa liberală a instanţelor franceze, în considerarea rolului fundamental pe care îl are libertatea de exprimare, a creat şi un mijloc alternativ de apărare pentru ziarist, bazat pe buna credinţă a acestuia. Noţiunea de bună-credinţă are aici un înţeles special impus de jurisprudenţa în materie. Trebuie ca inculpatul să fi vizat un scop legitim[12], să fi fost sincer[13] şi să fi dat dovadă de prudenţă şi de obiectivitate[14]. Aceste condiţii trebuie să fie îndeplinite în mod cumulativ. Ceea ce merită a fi subliniat este faptul că această doctrină a bunei-credinţe este în întregime o creaţie a judecătorului. Legea ce conţine normele penale referitoare la insultă şi la calomnie nu prevede, ca mijloc de apărare a inculpatului, decât proba veritătii (la fel ca şi Codul penal român în fostul art.207). Jurisprudenţa a fost cea care a adăugat, în beneficiul apărării, buna-credinţă, în sensul precizat mai sus.

Spre deosebire de Franţa, în România nu au fost create astfel de mijloace alternative de apărare, în aşa fel încât reincriminarea insultei şi calomniei, în condiţiile restrictive ale art.205-207 C.p., ar putea genera alte violări ale dreptului la liberă exprimare.

Secţiunea 3. Efectele deciziei Curţii Constituţionale

[12] "Pentru a nu răspunde penal inculpatul poate demonstra buna sa credinţă invocând necesitatea informării publicului sau critica literară, artistică sau ştiinţifică …" (Crim. 27 ianuarie 1949, *Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation,* nr.37)

[13] "Credinţa că faptele imputate sunt exacte" (Crim. 13 ianuarie 1987, *Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation* nr.16)

[14] "Absenţa obiectivităţii scrierilor incriminatorii nu permite inculpatului să beneficieze de buna credinţă (Crim. 13 februarie 1990, *Juris-Classeur Périodique*, 90, IV, 177).

§1. Poate Curtea să stabilească ea însăşi care sunt efectele deciziei sale?

Efectele produse de o decizie a Curţii Constituţionale pronunţată în cadrul controlului *a posteriori* sunt diferite în momentul pronunţării deciziei analizate, faţă de cele care erau reglementate de Constituţie înaintea Legii de revizuire din 2003, aşa că invocarea jurisprudenţei din 2000 în această materie este excesivă. Dealtfel, prin Decizia nr. 20 din 2000 Curtea analiza constituţionalitatea unei norme care nu abroga pur şi simplu, ci înlocuia o normă cu alta, deci avea o normă de abrogare care avea un conţinut pozitiv, ce putea fi contrar Constituţiei. Efectul deciziilor Curţii Constituţionale pronunţate în controlul *a posteriori* înainte de 2003 era că norma declarată neconstituţională nu mai putea fi aplicată, efect care diferă radical de actualul efect dat deciziilor Curţii în mod expres de art. 147 din Constituţie. Referirea din Decizia Curţii Constituţionale nr. 62 din 2007 la Decizia nr. 20 din 2000 se referă astfel, chiar dacă formularea poate fi ambiguă, la competenţa Curţii de a judeca constituţionalitatea normelor legale de abrogare şi nu la efectele Deciziei, care nu pot fi altele decât cele prevăzute de art. 147 din Constituţie, text la care Decizia analizată face referire expres. Dealtfel, Decizia nr. 20 din 2000 nu dispune expres care ar fi efectele sale în ceea ce priveşte normele abrogate de norma legală declarată neconstituţională. În aceste condiţii, este clar că interpretarea Deciziei 62/2007 ca repunând în vigoare dispoziţiile art. 205, 206 şi 207 din Codul penal este abuzivă. Curtea nu putea să dispună aşa ceva pentru că efectele deciziilor sale sunt cele reglementate de Constituţie, adică suspendarea aplicării legii pentru 45 de zile şi instituirea unei obligaţii pentru parlament de a pune dispoziţia neconstituţională de acord cu Constituţia. Încetarea efectelor juridice ale normei declarată neconstituţională intervine doar dacă această obligaţie nu este satisfăcută.

§2. Încetarea efectelor juridice ale normei declarată neconstituţională este sinonimă cu abrogarea?

Norma care fusese abrogată prin cea declarată neconstituţională este repusă în vigoare de neîndeplinirea de către Parlament a obligaţiei de a pune de acord norma de abrogare neconstituţională cu Constituţia? Decizia Curţii Constituţionale 62/2007 ar putea fi interpretată astfel. Totuşi, trebuie remarcat că textul Constituţiei introduce o noţiune nouă, «încetarea efectelor juridice». Această instituţie nouă este configurată distinct de abrogare. „Firesc dealtfel, căci nu este vorba de o manifestare de voinţă a aceluiaşi organ care a adoptat norma. Totuşi, efectele celor două instituţii nu par să se poată distinge: o normă care îşi încetează efectele juridice este imposibil de aplicat, nu mai este obligatorie, la fel ca o normă abrogată. Voinţa care face norma neobligatorie este diferită, dar

consecinţele sunt practic aceleaşi" (D.C. Dănişor, I. Dogaru, Gh. Dănişor, *Teoria generală a dreptului,* C.H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 333), cel puţin cu privire la norma declarată neconstituţională. Dar diferenţa se relevă atunci când trebuie să analizăm consecinţele declarării normei ca neconstituţională faţă de norma care era abrogată sau modificată prin ea. Dacă abrogarea face ca vechea normă să fie automat pusă în vigoare, «încetarea efectelor juridice», reglementată de art. 147 din Constituţie, nu are acelaşi efect. O normă legală nu poate fi repusă în vigoare decât respectând principiul paralelismului formelor şi competenţelor, adică de acelaşi organ, de aceeaşi voinţă, şi în aceeaşi formă. Or diferenţa între cele două concepte comparate este tocmai voinţa diferită care lipseşte de efecte norma în vigoare. Curtea Constituţională nu are deci atribuţia de a repune în vigoare dispoziţiile legale abrogate prin deciziile care declară neconstituţionale normele de abrogare. Dealtfel, Constituţia este clară în acest sens, căci ea impune Parlamentului obligaţia de a pune de acord dispoziţiile declarate neconstituţionale de Curte cu Constituţia, nu cu Decizia Curţii, în timp ce, atunci când se referă la controlul *a priori,* Parlamentul este obligat să reexamineze dispoziţiile declarate neconstituţionale pentru a le pune de acord cu „decizia Curţii Constituţionale"… În primul caz deci, Parlamentul are libertatea de a pune de acord, în modalitatea pe care o crede apropriată, normele declarate constituţionale cu Constituţia. El nu este obligat să repună în vigoare normele care fuseseră abrogate de norma declarată de Curte ca fiind contrară Constituţiei. Doar în controlul *a priori,* când legea nu este desăvârşită din punct de vedere juridic, norma trebuie pusă de acord cu decizia Curţii. Deci, obligaţiile Parlamentului sunt diferite în cele două tipuri de control şi tot diferite şi efectele neîndeplinirii obligaţiilor care îi revin Parlamentului conform art. 147 din Constituţie. Cert este că în cazul controlului *a posteriori* a normelor de abrogare, norma de abrogare declarată neconstituţională îşi încetează efectele juridice dacă Parlamentul nu o pune în termen de acord cu Constituţia, dar că norma abrogată nu este repusă în vigoare fără o manifestare de voinţă expresă a Parlamentului.

În cazul deciziei analizate aceasta înseamnă că dacă Parlamentul nu va da curs obligaţiei constituţionale, demnitatea umană, pe care Curtea o valorizează pe bună dreptate, nu capătă automat o protecţie penală, iluzorie dealtfel, căci raportul de răspundere penală se desfăşoară între societate, reprezentată prin stat şi inculpat, şi nu între acesta şi persoana vătămată, aşa că o eventuală condamnare penală a acestuia nu poate aduce nici o reparaţie demnităţii persoanei vătămate. Demnitatea rămâne protejată tot de dispoziţiile Codului civil, chiar dacă instanţa constituţională nu le consideră suficiente.

Secţuinea 4. Curtea îşi contrazice propria jurisprudenţă în materie

Prin această decizie, Curtea constituţională a încălcat nu numai competenţa de legiferare a Parlamentului sau libertatea de exprimare, ci şi propria sa jurisprudenţă. Astfel, în decizia nr.200/1999, Curtea a susţinut în mod expres competenţa exclusivă a Parlamentului în materia incriminării insultei. În această speţă, autorul excepţiei de neconstituţionalitate a criticat dispoziţia legală respectivă, printre altele şi pentru că sancţiona insulta din punct de vedere penal. În opinia sa, fapta respectivă ar fi trebuit să fie scoasă din sfera ilicitului penal, el făcând referire şi la o pretinsă iniţiativă legislativă în acest sens. În considerentele deciziei prin care a fost respinsă excepţia de neconstituţionalitate, instanţa de contencios constituţional a menţionat: ”Instituirea infracţiunii de insultă este expresia voinţei legiuitorului care, în concordanţă cu prevederile Constituţiei, a evaluat gravitatea faptei şi a prevăzut pedeapsa considerată necesară pentru prevenirea şi combaterea acesteia, ultima evaluare având loc prin Legea nr.140/1996 pentru modificarea şi completarea Codului penal, când legiuitorul nu numai că a menţinut incriminarea faptei de insultă, dar a procedat şi la ridicarea maximului pedepsei. *Legiuitorul este deci singurul în măsură să decidă incriminarea sau dezincriminarea insultei şi, în caz de incriminare, nu se poate susţine că textul incriminator este contrar Constituţiei.”*

Astfel, teza exprimată în Decizia nr. 200/1999 este exact contrariul a ceea ce se susţine prin decizia analizată, împrejurare ce denotă o lipsă evidentă de consecvenţă a Curţii. Desigur, Curtea constituţională poate, în principiu, să-şi schimbe propria jurisprudenţă, dar nu oricum şi oricând. Având în vedere obligativitatea *erga omnes* a deciziilor Curţii Constituţionale precum şi dispoziţiile art.1 (3) din Constituţie care consacră statul de drept, orice schimbare de jurisprudenţă intempestivă şi nemotivată din partea instanţei de contencios constituţional poate pune în pericol grav pricipiul securităţii raporturilor juridice şi previzibilitatea dreptului. În aceste condiţii, revirimentul jurisprudenţei Curţii ar fi trebuit justificat în mod expres în considerentele deciziei analizate, ceea ce nu s-a întâmplat.

Capitolul 7. Mic ghid de sesizare a Curţii Constituţionale

Cauzele lipsei de consistenţă a unora dintre deciziile Curţii Consituţionale sunt multiple. Dar una decisivă este, în opinia mea, modul în care sunt făcute sesizările. Curtea este sesizată excesiv, argumentaţia sesizărilor este carentă, iar aşteptările celor care uzează de controlul de constituţionalitate cu privire la efectele deciziilor Curţii Constituţionale sunt excesive. De aceea, eu cred că ar trebui să încercăm canalizarea resurselor pentru ghidarea celor care sesizează Curtea. Ideea ar fi să vedem care este reacţia Curţii la alegerea anumitor temeiuri pentru controlul de constituţionalitate, la anumite tipuri de argumentare şi să contribuim la îmbunătăţirea modului de motivare a sesizărilor.

Cu alte cuvinte, să construim un mic ghid de sesizare a Curţii Constituţionale.

În acest capitol voi încerca să stabilesc câteva repere ale problemelor ce trebuiesc avute în vedere, fără pretenţii de exhaustivitate şi fără a crede că aceste rânduri reprezintă un program de acţiune.

Secţiunea 1. Coordonarea sesizării Curţii Constituţionale cu controlul de convenţionalitate

O primă problemă ce trebuie dezbătută este cea a alegerii strategiei de contestare a normei. În sistemul nostru constituţional există două posibilităţi de a obţine protecţia drepturilor şi libertăţilor fundamentale contra eventualelor abuzuri normative ale puterii legislative: contenciosul de constituţionalitate şi contenciosul de convenţionalitate. Primul tip de contencios are ca sistem normativ de referinţă Constituţia. Cel de al doilea, tratatele internaţionale privind drepturile omului la care România este parte. Primul tip de contencios pare să fie în mod exclusiv apropriat de Curtea Constituţională. Cel de al doilea este în competenţa tuturor instanţelor. Cum trebuie să alegem între cele două tipuri de contencios este o problemă de strategie a cărei rezolvare este decisivă pentru cel care tentează limitarea puterii normative primare a statului.

Trebuie conştientizat că există o identitate substanţială a drepturilor şi libertăţilor protejate de Constituţie şi de tratatele internaţionale privind drepturile omului. Sigur că există diferenţe de formulare a textelor şi chiar prevederi care sunt prezente într-un sistem de protecţie şi nu sunt prezente în celălalt, dar finalitatea şi substanţa protecţiei sunt aceleaşi.

Acest lucru are drept consecinţă faptul că alegerea tipului de control cerut

depinde mai mult de efectele pe care controlul de constituţionalitate şi cel de convenţionalitate le au decât de conţinutul normelor de referinţă. Prin controlul de convenţionalitate se elimină de la aplicare norma legală în cazul dedus judecăţii, judecătorul aplicând direct norma convenţională. Controlul de constituţionalitate are pretenţia de a crea efecte *erga omnes,* printr-o eliminare a normei neconstituţionale din sistem. Aşadar, dacă ţintim o protecţie imediată a celor aflaţi în proces şi nu o eliminare a normei din sistem, atunci controlul de convenţionalitate, care are efecte *inter partes* şi *in casus* este suficient. Instanţa ordinară este obligată să opereze alegerea normei aplicabile şi ţinută să aleagă norma internaţională dacă cea internă este contrară acesteia şi dacă nu oferă o protecţie mai accentuată. Pe de altă parte, efectele deciziilor Curţii Constituţionale nu sunt nici pe departe *erga omnes* în sens propriu, căci de fapt ele creează doar obligaţia pentru organul emitent de a pune de acord legea cu decizia Curţii şi cu Constituţia, iar, în cazul neîndeplinirii acesteia, tot instanţa ordinară trebuie să constate încetarea efectelor juridice ale normei neconstituţionale, constatare ce produce efectele tipice ale unei hotărâri, adică *inter partes* şi *in casus*. De fapt, impunerea deciziei Curţii Constituţionale, fiind o atribuţie a instanţelor ordinare, conduce la acelaşi tip de mecanism de protecţie ca în cazul contenciosului de convenţionalitate, cu diferenţa că nu norma iniţială este controlată, ci norma rezultată din activitatea de reconstituţionalizare a actului normativ cu putere de lege. Problemele rămân aceleaşi. Deci controlul de convenţionalitate este mai direct, obţinându-se o protecţie eficientă şi imediată a dreptului sau libertăţii.

Dar există o reticenţă destul de pregnantă în a-l utiliza. Prima cauză este reticenţa instanţelor. Dar această reticenţă este diferită după cum norma contestată este substanţială sau procedurală. De regulă instanţa este mai reticentă faţă de utilizarea tehnicii controlului de convenţionalitate în cazul normelor procedurale sau cu implicaţii procedurale, pentru că ea se loveşte de problema creării jurisprudenţiale a unor norme care să se substituie celor neconvenţionale. Instanţa este tentată atunci să transfere problema Curţii Constituţionale, nu neapărat pentru că aceasta se bucură de încrederea judecătorilor, ci mai degrabă pentru că astfel magistratul obişnuit speră să obţină o reacţie a legiuitorului. Dacă aceasta nu intervine sau dacă intervenţia

este contrară deciziei Curţii, el se va afla însă în aceeaşi situaţie. Or, trebuie să remarcăm că activitatea de reconstituţionalizare a actelor de natură legislativă, urmare a unor decizii de neconstituţionalitate, pare mai degrabă haotică. Judecătorul ar trebui să aibă mai puţine aşteptări de la legiuitor şi să acţioneze mai mult. Oricum, când părţile pun problema controlului normei, ar trebui să indice doar un tip de control, nu pe amândouă. Părerea mea este că, mai ales având în vedere că utilizarea controlului de constituţionalitate în vedere tergiversării soluţionării cauzei nu mai este de actualitate, urmare a modificării Legii 47/1992, ar trebui ca ele să se orienteze mai mult către controlul de convenţionalitate.

Studierea jurisprudenţei relevante este o altă etapă obligatorie în procesul de alegere a modalităţii de contestare a normei de natură legislativă. Partea care este tentată să conteste norma ar trebui să compare jurisprudenţa Curţii Constituţionale cu cea a Curţii Europene a Drepturilor Omului. Prima regulă a comparaţiei este că aceasta nu poate fi pertinentă decât dacă există o identitate substanţială a dreptului sau libertăţii protejate în cele două sisteme de referinţă. Doar în măsura în care cele două instanţe dau un conţinut identic drepturilor sau libertăţilor, protecţia este similară. Dacă există diferenţe de conţinut al acestora, atunci trebuie aleasă ca argumentaţie jurisprudenţa mai protectoare şi deci controlul aferent acesteia. Nu are sens să invoci o jurisprudenţă europeană care oferă o sferă substanţială mai largă drepturilor sau libertăţilor în faţă unei Curţi Constituţionale care are o jurisprudenţă restrictivă constantă. De exemplu, dacă în jurisprudenţa europeană previzibilitatea este analizată consistent, iar în cea constituţională problema clarităţii textelor sau a lipsei lor de coordonare este considerată constant ca nefiind o problemă de constituţionalitate, atunci trebuie apelat la jurisprudenţa europeană în faţa instanţei ordinare, pe calea contenciosului de convenţionalitate.

O altă regulă a comparaţiei este luarea în considerare a tipului de normă contestată. Dacă un tip de control oferă o sferă, determinată jurisprudenţial, mai largă a actelor controlate, atunci el este cel care trebuie utilizat. De exemplu, dacă jurisprudenţa Curţii Constituţionale stabileşte că doar normele în vigoare la data controlului pot fi controlate, iar norma este susceptibilă de a fi abrogată până la intervenţia instanţei constituţionale, iar jurisprudenţa europeană ia în

calcul aplicabilitatea normei şi după abrogare, ea putând fi controlată dacă, urmare a neretroactivităţii normei noi, rămâne aplicabilă, chiar dacă nu mai este în vigoare, atunci trebuie invocată jurisprudenţa europeană în faţa instanţei ordinare, căci acesta nu poate să nu fie conştientă că norma abrogată este aplicabilă. Sau dacă Curtea europeană consideră că printr-o practică judiciară constantă poate fi restrâns exerciţiul drepturilor sau libertăţilor, în timp ce prin jurisprudenţa Curţii Constituţionale se stabileşte că restrângerea poate opera numai prin lege în sens strict, atunci trebuie utilizată calea contenciosului constituţional.

În toate cazurile, jurisprudenţa trebuie să fie necontradictorie. Dacă ea este haotică într-un sistem, este preferabilă utilizarea celuilalt. Nu trebuie mizat decât foarte rar pe o reconfigurare a jurisprudenţei.

Desigur, în cadrul procesului de alegere a uneia dintre formele de contencios - de convenţionalitate sau de constituţionalitate - trebuie luat în calcul modul în care instanţele ordinare receptează jurisprudenţa europeană sau pe cea a Curţii Constituţionale. Un element decisiv este dacă instanţa ordinară este dispusă să aplice mai degrabă decizia europeană sau pe cea a Curţii Constituţionale, contra legii rezultate din operaţia de reconstituţionalizare bazată pe art. 147 din Constituţie. Dacă instanţele ordinare nu sunt dispuse să facă un control al îndeplinirii obligaţiei rezulte din decizia Curţii Constituţionale, atunci este preferabilă utilizarea contenciosului de convenţionalitate.

Ajungem astfel la o altă problemă. Cea a analizei efectelor dorite. De regulă, efectele controlului de constituţionalitate sunt supraestimate, iar rolul instanţelor ordinare în cadrul acestuia subevaluat. De aceea, de multe ori, calea excepţiei de neconstituţionalitate este utilizată excesiv[1]. Efectele unei decizii de neconstituţionalitate pronunţată în cadrul procedurii excepţiei de neconstituţionalitate sunt stabilite de art. 147 din Constituţie, în următorii termeni: „Dispoziţiile din legile şi ordonanţele în vigoare, precum şi cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituţionale îşi încetează efectele juridice

[1] Vezi D. C. Dănişor, *Despre cauzele utilizării excesive a excepţiei de neconstituţionalitate*, în Revista Română de jurisprudenţă nr. 3/2009, p. 37-42.

la 45 de zile de la publicarea deciziei Curţii Constituţionale dacă, în acest interval Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei. Pe durata acestui termen, dispoziţiile constatate ca fiind neconstituţionale sunt suspendate de drept. (...) De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii (...)". De fapt obligaţia iniţială este stabilită doar pentru organul care legiferează. Îndeplinirea acestei obligaţii trebuie constatată de instanţele ordinare, odată ce Curtea nu se sesizează din oficiu. Altfel intrăm într-un cerc vicios. Căci o nouă excepţie creează acelaşi efect al obligării organului legiuitor. De fapt, ceea ce obţinem prin controlul de constituţionalitate este o motivare pentru eliminarea normei de la aplicare prin intermediul instanţelor ordinare. Norma îşi încetează efectele dacă nu este pusă de acord cu dispoziţiile Constituţiei, instanţa ordinară trebuind să constate această încetare, constatare care nu are efect asupa existenţei legii, ci asupra efectelor sale, cum rezultă clar din art. 147. Iar realitatea punerii de acord este judecată de asemenea de către instanţa ordinară, în lipsa unei sesizări *a priori* a Curţii Constituţionale, altfel decizia de neconstituţionalitate neavând efecte general obligatorii, cum dispune Constituţia. De fapt, instanţele ordinare desăvârşesc procedura contenciosului constituţional al normelor, iar în lipsa reacţiei acestora controlul de constituţionalitate este doar iluzoriu. Când analizăm deci efectele opţiunii pentru una dintre formele de contencios al normelor, trebuie avut în vedere care este efectul real al acestuia asupra protecţiei libertăţilor, luând în considerare de fiecare dată jurisprudenţa instanţelor ordinare.

Secţiunea 2. Motivarea neconstituţionalităţii

Motivarea sesizării neconstituţionalităţii trebuie să aibă în vedere câteva reguli privitoare la alegerea textelor constituţionale invocate şi la tipul de argumentaţie utilizat.

§1. Alegerea textelor constituţionale invocate

Alegerea textelor de referinţă pentru controlul de constituţionalitate este

făcută prin actul de sesizare. Ca regulă generală, Curtea Constituţională nu este abilitată să judece din oficiu, deci nici să extindă sfera textelor de referinţă. De aceea, alegerea adecvată a normelor constituţionale invocate când este ridicată excepţia de neconstituţionalitate este decisivă pentru creşterea ratei de succes. Invocarea prea multor texte sau a unora care nu au legătură directă cu norma contestată sau ale căror consecinţe normative sunt neclare în jurisprudenţa anterioară, fără o argumentare care să aducă lămuriri substanţiale, sunt greşeli curente ale celor care ridică excepţii de neconstituţionalitate. Ar trebui făcută deci o analiză a modului cum sunt tratate de către Curtea Constituţională aceste defecte ale actelor de sesizare şi, în funcţie de rezultatul acestei analize, reconfigurată maniera de ridicare a excepţiilor.

O primă regulă pe care are trebui să o avem în vedere este cea a legăturii directe dintre norma contestată şi norma constituţională invocată. Legătura directă rezultă în general din faptul că dreptul a cărei încălcare o pretinde partea aflată în proces în faţa instanţei este un reflex direct al unui drept sau libertăţi fundamentale prevăzute în Constituţie. Invocarea unor texte generale, cum ar fi statul de drept sau democraţia, nu trebuie să apară decât ca subsecventă unei dispoziţii constituţionale care garantează un anumit drept sau o anumită libertate. Dacă dreptul apărat în contenciosul ordinar nu este un reflex direct al unui drept sau libertăţi expres constituţionalizate, trebuie ţinut cont de modul în care Curtea a operat constituţionalizarea unor astfel de drepturi. De exemplu, prin transformarea unei limite a unui drept sau libertăţi prevăzute constituţional într-un drept protejat distinct, cum a fost cazul dreptului la propria imagine. Sau prin utilizarea particulară a unei ierarhii a formelor de interpretare, ca în cazul transformării egalităţii ca nediscriminare în egalitate ca drept la diferenţă. Dar este destul de greu de estimat când instanţă constituţională este dispusă să constituţionalizeze un drept sau o libertate. Ea este uneori ezitantă, cum s-a întâmplat de exemplu cu jurisprudenţa în materia libertăţii contractuale.

O altă regulă priveşte alegerea analizei substanţiale sau a celei procedurale pentru motivarea excepţiei. Mai întâi, trebuie distinsă bine constituţionalitatea intrinsecă de cea extrinsecă. Dacă sunt avute în vedere ambele tipuri de neconstituţionalitate, atunci trebuie invocată în principal cea extrinsecă, care ar duce la inexistenţa normei pentru că nu a fost valid introdusă în sistem şi în

subsidiar cea intrinsecă. Dar trebuie remarcat că în cazul neconstituţionalităţii extrinseci ar trebui convinse instanţele ordinare că deţin competenţa de a face constatarea inexistenţei normei: ele nu ar judeca dacă o normă juridică este conformă Constituţiei, ci ar constata lipsa juridicităţii pretinsei norme.

În al doilea rând, argumentaţia substanţialistă trebuie distinsă de cea proceduralistă. Pentru un jurist proceduralizarea analizei este un reflex. De aceea, analizele substanţiale, filosofice sau politologice din sesizări sunt de regulă privite cu reticenţă. Trebuie ca în motivarea excepţiilor acest tip de consideraţii să fie subsecvent unor analize de tehnică juridică şi, aproape întotdeauna, acestea din urmă trebuie să se lege într-un fel sau altul de un aspect procedural. De exemplu, Curtea Constituţională preferă să se pronunţe mai degrabă în baza dreptului la un proces echitabil decât în baza liberului acces la justiţie, deşi cel de al doilea concept ar putea fi mai protector, doar pentru că argumentările sesizărilor în cazul primului concept sunt mai proceduraliste şi mai juridice, datorită mai ales configurării noţiunii la nivelul jurisprudenţei europene.

O a treia regulă ar putea fi cea potrivit căreia atunci când sunt invocate norme generale de principiu, cum ar fi cea privitoare la statul de drept sau cea referitoare la caracterul democratic al statului trebuie să fie clar invocate consecinţele normative concrete ale textelor constituţionale pe care autorul excepţiei de neconstituţionalitate le are în vedere. Lipsa determinării clare a acestor consecinţe face instanţa constituţională să evite problema. Tipică în acest sens este evitarea analizei în temeiul normei privind statul de drept. Trebuie ales apoi între tipul de consecinţă normativă a unei astfel de dispoziţii generale. De exemplu, statul de drept este atât un concept substanţial cât şi unul procedural. Nu este deloc indiferent ce tip de analiză privilegiem. Statul de drept presupune atât un anumit conţinut al dreptului, cât şi prezenţa obligatorie a anumitor proceduri de protecţie. Eu cred că în faţa instanţei române aspectele procedurale au şanse mai mari de succes. În fine, consecinţa normativă a unei dispoziţii de principiu trebuie probată. Este foarte utilă sub acest aspect invocarea unei jurisprudenţe străine. În cazul statului de drept, de exemplu, cea a Curţii germane, care are o activitate impresionantă bazată pe acest concept.

§2. Alegerea tipului de argumentaţie

Argumentarea unei excepţii de neconstituţionalitate presupune alegerea între mai multe tipuri de analiză posibile. Metodologia alegerii tipului de argumentaţie este foarte importantă şi, din nefericire, neteoretizată suficient, căci lucrările de metodologie juridică sunt foarte rare în România. Aplicând câteva reguli elementare de metodologie a interpretării problemei particulare a motivării excepţiei de neconstituţionalitate, putem să sugerăm câteva cadre ale analizei. Acestea privesc modul în care trebuiesc avute în vedere argumentele de filozofie juridică sau politică dacă luăm în considerare reticenţa Curţii Constituţionale faţă de filozofie, modul în care trebuiesc utilizate regulile de interpretare gramaticală în faţa unei instanţe care acordă prea puţină atenţie problemei calităţii redactării textelor, pe care nu o consideră o problemă de constituţionalitate, modul în care argumentele de interpretare sistemică trebuiesc coordonate cu celelalte tipuri de interpretare, ţinând cont de înţelegerea trunchiată a caracterului sistemic al dreptului în jurisprudenţă, modul în care trebuie făcut apel la istorie, la interpretarea logică şi, în fine, maniera în care trebuie făcută interpretarea teleologică având în vedere tendinţa sistemului normativ spre inflaţie legislativă şi spre o maleabilitate excesivă.

A. Când trebuie să invoci argumente de filosofie juridică în faţă unei instanţe aflată în capcana nefilosofării?

Curtea Constituţională română este filosofic confuză, iar efectele acestei confuzii asupra protecţiei drepturilor şi libertăţilor persoanelor sunt dezastruoase[2]. A invoca argumente filosofice în faţa unei astfel de instanţe este riscant, dacă nu detectezi înainte ce tip de filozofie preferă Curtea în genul de problemă ridicată prin excepţia de neconstituţionalitate şi dacă nu este operată o juridicizare adecvată a acestei filosofii, care să le ofere judecătorilor terenul mai

[2] D.C. Dănişor, *Curtea Constituțională a României în capcana nefilosofării*, în Curierul Judiciar nr. 7/2010, p. 363-367; textul este disponibil la adresa http://curieruljudiciar.ro/2010/08/17/4377/

sigur al dreptului, pe care sunt mult mai obişnuiţi să lucreze.

Problema tipului de filozofie preferat de Curtea Constituţională depinde de sfera în care ea va fi chemată să decidă. De exemplu, dacă instanţa este chemată să decidă în materie fiscală, filosofia pe care o preferă este cea solidaristă. Astfel, invocarea solidarităţii cetăţenilor conduce la o mai mare probabilitate a admiterii argumentaţiei. Problema este că acest tip de filozofie colectivistă, oarecum constituţionalizată prin revizuirea art. 4(1) în 2003, profită de regulă statului şi este un argument pe care acesta îl utilizează cu predilecţie. Pentru a avea deci şanse reale de succes, ar trebui ca argumentele solidariste să fie utilizate în favoarea celui care invocă excepţia, utilizarea unei filosofii individualiste ca bază a argumentării având puţine şanse de succes. Astfel, este preferabil să se invoce excesul de solidaritate, mai degrabă decât să fie negată necesitatea acesteia. Pe de altă parte, problema trebuie juridicizată, lăsarea ei pe terenul exclusiv al filosofiei politice fiind o greşeală de strategie. În cazul solidarităţii, trebuie, de exemplu, proceduralizat conceptul de solidaritate, argumentând mai degrabă în sensul privilegierii analizei proporţionalităţii restrângerii unui drept decât în sensul eliminării constrângerii.

În materia protecţiei minorităţilor naţionale, Curtea este, dimpotrivă, individualistă. Ea nu admite nici drepturile colective, nici identitatea colectivă. Perspectiva se schimbă deci radical. Dacă ne situăm pe acest teren, atunci trebuie să facem apel la o filosofie liberală dusă către extrema individualismului pur. Argumentele trebuie de asemenea juridicizate, astfel încât problema etnico-culturală să fie cât mai bine mascată de argumente tehnice. De exemplu, problema reglementării modului de înregistrare a partidelor politice, care este discutabilă dacă ne referim la cerinţa ca membrii să provină din cel puţin jumătate din judeţele ţării şi o raportăm la dreptul la identitate al persoanelor aparţinând minorităţilor naţionale, este tratată de Curtea Constituţională în termeni individualişti, ceea ce înseamnă că persoanelor le este garantată asocierea în partide indiferent de originea etnică şi că problema încălcării identităţii etnice este mascată de cea a reprezentativităţii partidelor. Nu are sens ca o sesizare să încerce să se fundamenteze pe o filozofie comunitaristă, căci ea va fi respinsă fără o reală analiză.

În termeni generali, Curtea trebuie convinsă pe teren filosofic apelând la

propriile-i arme. Şi, având în vedere că ea nu are o filosofie pe care să o aplice în toate cauzele, cum ar fi de dorit, trebuie să i se ofere acea filosofie pe care o trădează, mai mult sau mai puţin conştient, în fiecare tip de cauză. Pe de altă parte, concepţiile filosofice utilizate trebuie juridicizate, mai ales prin proceduralizarea conceptelor[3]. Această proceduralizare presupune în general transformarea problemei substanţiale a conţinutului filosofico-ideologic al unei noţiuni într-o problemă de modalitate de acţiune sau de reglementare. De exemplu, în loc să vorbim de filosofia liberală care stă la baza statului de drept, vorbim de necesitatea raţionalizării procedurii de limitare a puterii normative a Parlamentului sau Guvernului. Astfel, în loc să invocăm direct art. 1(3)C, care are o redactare care face conceptele să pară ideologice, invocăm mai degrabă separaţia puterilor în stat, care are un aspect mult mai procedural şi doar în subsidiar ne referim la statul de drept, dezvoltând conceptul pe linia procedurală a necesităţii prezenţei unor mecanisme formale de limitare a puterii, nu pe direcţia materială a statului de drept social, cu excepţia situaţiei în care problema solidarităţii ne este favorabilă. Curtea are deja tendinţa de a decide mai degrabă în baza separaţiei puterilor decât în baza statului de drept, deşi, pentru cine cunoaşte bine problema, este clar că separaţia puterilor este una dintre tehnicile formale de realizare a statului de drept. De exemplu, atunci când a fost sesizată cu privire la art. 20(1) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, care dispunea că „hotărârea pronunţată în primă instanţă poate fi atacată cu recurs, în termen de 15 zile de la pronunţare ori de la comunicare", Curtea Constituţională[4] constata că excepţia de neconstituţionalitate este întemeiată, printre altele, şi pentru că judecătorul este constrâns datorită textului legal „să stabilească el însuşi, pe cale jurisprudenţială în afara legii, adică substituindu-se legiuitorului, regulile necesare pentru a se pronunţa asupra recursului cu judecarea căruia a fost învestit, încălcând astfel dispoziţiile art. 1 alin. (4) din Constituţie privind separaţia puterilor". Evident, Curtea ar fi putut să se sprijine şi pe art. 1(3) din Constituţie, invocând caracterul imprevizibil al constrângerii exercitată în baza normei, dar ea preferă separaţia puterilor, pentru

[3] D. C. Dănişor, *Juridicizarea conceptelor*, în curs de apariţie în Revista Dreptul.
[4] *Decizia nr. 189 din 2006*, publicată în M. Of. nr. 307 din 05.04.2006.

că este mai direct procedurală.

B. Argumentele gramaticale

Interpretarea gramaticală a normelor juridice a fost transformată de schematismul analizei teoretice a metodelor de interpretare într-o problemă aproape ridicolă. Din nefericire, căci acest tip de interpretare este decisiv de foarte multe ori, el prevalând asupra altor tipuri de interpretare, tocmai pentru că, metodologic vorbind, este prima metodă care trebuie utilizată.

Care este poziţia Curţii Constituţionale în această problemă de metodă este greu de precizat cu claritate. Este clar că ea nu valorizează suficient regulile de interpretare gramaticală, odată ce refuză, de regulă, să facă din problema calităţii redactării textelor o problemă de constituţionalitate. Există şi excepţii, iar această breşă ar trebui speculată mai mult. În Decizia nr. 1018 din 19 iulie 2010[5], Curtea pare decisă să transforme problema calităţii redactării textelor normative, deci a respectării regulilor interpretării gramaticale atunci când un text este redactat, nu doar aplicat, într-o problemă de constituţionalitate. Astfel, ea decidea că legea criticată „nu respectă normele de tehnică legislativă menite să asigure sistematizarea, unificarea şi coordonarea legislaţiei, precum şi conţinutul, forma juridică, limbajul şi stilul actului normativ". Finalitatea instituirii acestor reguli constă în redactarea unor acte normative care „să fie formulate clar, fluent şi inteligibil, fără dificultăţi sintactice şi pasaje obscure sau echivoce. Forma şi estetica exprimării nu trebuie să prejudicieze stilul juridic, precizia şi claritatea dispoziţiilor. Or, în condiţiile în care normele de tehnică legislativă sunt obligatorii la elaborarea proiectelor de lege de către Guvern şi a propunerilor legislative aparţinând deputaţilor sau senatorilor, Curtea constată că actul normativ nu a fost sistematizat corespunzător şi nici redactat într-un limbaj şi stil juridic specific normativ, concis, clar şi precis, care să excludă orice echivoc"[6]. Invocarea acestei jurisprudenţa în motivarea

[5] Publicată în Monitorul Oficial nr. 511 din 22.07.2010.

[6] Vezi *Notă de Mădălina-Cristina Putinei*, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 2/2010, p. 113-115.

excepţiilor de neconstituţionalitate viitoare va crea Curţii obligaţia de a motiva prin raportare la claritatea şi calitatea textelor. În loc de invocarea stereotipă a statului de drept, ar trebui speculată această breşă, care nu este decât o aplicaţie a previzibilităţii normelor, care este un aspect esenţial al acestuia din urmă. Transformarea respectării regulilor gramaticale în redactarea normelor în reguli impuse constituţional creează o posibilitate largă de motivări ale neconstituţionalităţii.

C. Modul de invocare a argumentelor sistemice

Interpretarea sistemică nu este metoda predilectă a juriştilor români[7]. Curtea Constituţională nu face excepţie. Ea pare astfel reticentă să facă din coordonarea actelor normative în sistem o problemă de constituţionalitate[8]. Există şi în acest caz excepţii. Notabilă este Decizia nr. 415 din 14 aprilie 2010[9] în care Curtea a decis că „în procesul de adoptare a formei actuale a Legii nr. 144/2007 au existat situaţii de incoerenţă şi instabilitate, contrare normelor de tehnică legislativă", raportându-se la modificările succesive şi la intervale foarte scurte de timp ale acestei legi. De asemenea, Curtea a constatat că a fost încălcat principiul unicităţii reglementării ca regulă de tehnică legislativă, precum şi cel al evitării paralelismelor care impune că în procesul de legiferare este interzisă instituirea aceloraşi reglementări în două sau mai multe acte normative, iar în cazul existenţei unor paralelisme, acestea vor fi înlăturate fie prin abrogare, fie prin concentrarea materiei în reglementări unice. În acest sens, Curtea constată că „în domeniul activităţii de control al averii dobândite în perioada exercitării mandatelor sau a îndeplinirii anumitor funcţii publice şi de verificare a conflictelor de interese, există reglementări paralele, şi anume, pe de-o parte, Legea nr. 115/1996 pentru declararea şi controlul averii

[7] Asupra modului de înţelegere greşită a sistemului normativ ierarhizat, vezi *Înţelegerea trunchiată a competenţei exclusive a Curţii Constituţionale în materia contenciosului constituţional (I)*, op. cit., p. 17-25.

[8] V., în acest sens, Decizia Curţii Constituţionale nr. 874 din 25 iunie 2010.

[9] Publicată în M. Of. nr. 294 din 5 mai 2010, *Notă Mădălina-Cristina Putinei*, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 2/2010, p. 82-88.

demnitarilor, magistraţilor, a unor persoane cu funcţii de conducere şi de control şi a funcţionarilor publici, publicată în M. Of. nr. 263 din 28 octombrie 1996, modificată şi completată prin Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenţei în exercitarea demnităţilor publice, a funcţiilor publice şi în mediul de afaceri, prevenirea şi sancţionarea corupţiei, publicată în M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003, iar, pe de altă parte, Legea nr. 144/2007 privind înfiinţarea, organizarea şi funcţionarea Agenţiei Naţionale de Integritate, potrivit căreia activitatea de verificare privind averea dobândită în perioada exercitării mandatelor sau a îndeplinirii funcţiilor ori demnităţilor publice, după caz, a conflictelor de interese şi a incompatibilităţilor se efectuează de către Agenţia Naţională de Integritate".

Aportul adus de aceste considerente ale Curţii care subliniază necesitatea respectării normelor de tehnică legislativă constă în contribuţia la substanţializarea cerinţei constituţionale a statului de drept, prevăzut în art. 1 alin. (3). Toate principiile enunţate de Curte ca fiind impuse de dispoziţiile din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative sunt o consecinţă a caracterului de stat de drept. De altfel, acest act normativ reprezintă modul în care Parlamentul a înţeles să transpună la nivel legislativ imperativele alin. (1) al art. 3 din Legea fundamentală. Astfel, acest principiu constituţional este cel care impune ca dreptul să aibă anumite trăsături. Interdicţia cuprinsă în Legea privind normele de tehnică legislativă de nu a exista situaţii de incoerenţă în reglementare, precum şi importanţa evitării paralelismelor în procesul de legiferare sunt o reflectare a cerinţelor de claritate şi certitudine impuse de statul de drept[10]. De asemenea, critica instanţei constituţionale privind instabilitatea normativă, care în domeniul analizat a dat naştere la modificări succesive şi la intervale foarte scurte de timp ale legii, este o consacrare a cerinţei previzibilităţii, proprie dreptului statului de drept. Previzibilitatea, şi deci stabilitatea normativă, este indispensabilă pentru realizarea unui climat de securitate juridică. „Securitatea juridică este o exigenţă

[10] A se vedea D. C. Dănişor, *Constituţia României comentată. Titlul I. Principii generale*, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2009, p. 39.

a statului de drept”[11], astfel că statul are obligaţia de a o garanta[12].

Cum remarcam de la început, trebuie însă evitată invocarea directă a statului de drept. Se observă că instanţa constituţională preferă să utilizeze o „constituţionalizare” a regulilor de tehnică legislativă dintr-o lege, mai degrabă decât să dea un conţinut normativ propriu conceptului constituţional de stat de drept. Problemele de sistem nu trebuie deci de regulă să fie raportate la conţinutul ideologico-filosofic al unor concepte constituţionale generale, ci trebuie să fie invocate în termenii tehnicii juridice, mult mai accesibili instanţei.

Unele reguli ale interpretării sistemice par să fie neclare instanţei constituţionale. Astfel, este evident că regula potrivit căreia norma specială derogă de la norma generală intră în contradicţie, în jurisprudenţa Curţii, cu regula potrivit căreia normele trebuie interpretate în sensul obţinerii maximului de protecţie. De exemplu, principiul că legea specială derogă de la legea generală a fost aplicat de Curtea Constituţională pentru a demonstra că dacă restrângerea exerciţiului unor drepturi sau libertăţi se întemeiază pe o dispoziţie constituţională specială, în cauză cea a art. 44(1) teza a doua, nu mai este necesară „întrunirea condiţiilor prevăzute de art. 53 din legea fundamentală”[13]. Or, protecţia maximală este obţinută prin aplicarea cumulativă a celor două texte.

Alte reguli de interpretare sistemică, cum ar fi argumentul *a rubrica* sunt supraevaluate, ca atunci când instanţa decide că art. 53 din Constituţie nu este aplicabil decât drepturilor şi libertăţilor prevăzute în cap. II al titlului II din Constituţie, contra interpretării gramaticale a textului constituţional care nu vorbeşte de drepturi şi libertăţi *fundamentale*[14], ci de drepturi şi libertăţi.

Un alt caz de interpretare sitemică greşită este cea făcută ierarhiei normative, când ea este înţeleasă întotdeauna ca una cu validare în trepte. Astfel Curtea nu admite controlul constituţionalităţii hotărârilor guvernului pentru că ceea ce ia în calcul este doar forma exterioară a actului, nu funcţia în mod real

[11] *Ibidem*, p. 40.
[12] *Notă Mădălina-Cristina Putinei*, Revista Română de Jurisprudenţă nr. 2/2010, p. 82-88.
[13] *Decizia nr. 923/2006*, M. Of. nr. 50 din 23 ianuarie 2007.
[14] *Decizia nr. 73/1995*, M. Of. 177 din 8 august 1995.

exercitată prin actul respectiv. Deci ierarhia actelor este dată de titulatura lor, nu de funcţia statului exercitată prin intermediul lor. Or, un act intitulat hotărâre de guvern poate fi în realitate un act de exercitare a funcţiei legislative, caz în care guvernul îşi depăşeşte competenţa normativă, iar actul aparent administrativ poate fi controlat din punctul de vedere al constituţionalităţii. Ceea ce ar trebui făcut în sesizare dacă se are în vedere un astfel de act, este invocarea separaţiei puterilor în stat şi evitarea atacării directe a actului administrativ normativ. De exemplu, atacând legea care stă la baza actului pentru că autorizează depăşirea de competenţă.

O altă carenţă a interpretării sistemice prezentă în jurisprudenţa C.C. este incapacitatea de a concepe întotdeauna corect ierarhia normativă. Astfel, C.C. utilizează reluarea în lege a dispoziţiilor constituţionale pentru a justifica constituţionalitatea legii respective. De exemplu, în Decizia nr. 112 din 2001[15] Curtea afirmă că „din analiza conţinutului prevederilor textelor legale criticate nu rezultă că este încălcat statutul de limbă oficială al limbii române, ci, dimpotrivă, se constată că Legea administraţiei publice locale statuează în mod explicit în cuprinsul său acest statut", ceea ce o face constituţională. Curtea nu mai face analiza conformităţii legii cu Constituţia doar pentru că legea afirmă textual acelaşi principiu prevăzut în art. 13C. Or, de fapt, făcând acest lucru legea încalcă principiile ierarhiei normative, căci sistemul acestei ierarhii presupune ca norma aflată pe o treaptă superioară a ierarhiei să nu fie reluată de un act normativ poziţionat pe o treaptă inferioară a acesteia, introducând astfel o ambiguitate asupra poziţiei prescripţiei în ierarhia normativă. Când trebuie să sesizăm Curtea cu privire la o lege care reia textul principiul constituţional pe care în mod firesc ar trebui să îl invocăm, atunci trebuie să mediem invocarea acestuia. Dacă acest lucru nu este posibil, atunci ar trebui evitat textul ca referent al controlului de constituţionalitate. Dacă suntem în imposibilitate de a face acest lucru, atunci ar trebui invocată jurisprudenţa Curţii de la Luxembourg

[15] Publicată în Monitorul Oficial nr.280 din 30.05.2001

conform căreia este interzis unui stat să reproducă textul regulamentului într-un act intern pentru că ar produce echivoc asupra naturii juridice a normelor[16].

Argumentarea neconstituţionalităţii prin invocarea unor argumente de interpretare sistemică trebuie să ţină cont de această lipsă de coerenţă a interpretării sistemice operată de Curtea Constituţională. Trebuie ca argumentele sistemice să fie pe larg dezvoltate, citarea unei jurisprudenţe anterioare, chiar dacă ea nu reprezintă o atitudine constantă a Curţii, putând fi extrem de utilă.

D. Să ne preocupe cu adevărat istoria?

Constituţia României ne obligă, urmare a revizuirii art. 1(3), la o interpretare istorică. Cei care ridică excepţii nu par însă foarte înclinaţi către istorie. Curtea este însă foarte largă în interpretarea surselor tradiţiilor democratice ale poporului român, ceea ce ar trebui să creeze un apetit mai mare pentru argumentarea sesizărilor pe acte normative, jurisprudenţă sau practici din perioada antebelică.

Astfel, pronunţându-se asupra constituţionalităţii Legii administraţiei publice locale nr. 215/2001, înainte ca utilizarea limbilor minoritare să fie constituţionalizată prin art. 120 din Constituţie, Curtea se sprijină pe existenţa „unei lungi tradiţii democratice în ceea ce priveşte folosirea limbii materne în raporturile dintre cetăţenii aparţinând minorităţilor naţionale, cu o anumită pondere în ansamblul populaţiei, şi autorităţile publice locale”[17] pentru a demonstra constituţionalitatea dispoziţiilor contestate, făcând referire expresă la Rezoluţia din 18 noiembrie/1 decembrie 1918 a Adunării Naţionale de la Alba Iulia, privind unirea Transilvaniei cu România, la Jurnalul Consiliului de Miniştri referitor la drepturile minorităţilor naţionale din 4 august 1938 şi la Legea nr. 86 din 6 februarie 1945 privind Statutul Naţionalităţilor Minoritare. Această lungă tradiţie democratică serveşte Curţii pentru a da o interpretare

[16] C.J.C.E., 7 feb. 1973, Aff. 39/72, Rec. p. 101, Commission de C.E. c. Rép. Italienne, în Les Grands textes, op. cit., p. 269-270, http://eur-lex.europa.eu.

[17] *Decizia 112/2001,* M. Of. nr. 280 din 30 mai 2001.

particulară dispoziţiei art. 13 din Constituţie privind limba oficială, ea afirmând că „fiecare dintre actele menţionate anterior dispunea că limba oficială a statului este limba română, aşa cum stabilea, de altfel, atât art. 126 din Constituţia din 1923, cât şi art. 94 din Constituţia din 1938”[18] şi cu toate acestea sistemul a putut admite utilizarea limbilor minoritare în administraţie, cât şi dispoziţiei art. 4 care, stabilind principiul unităţii poporului ca fundament al statului, interzice de principiu crearea de drepturi colective. În aceeaşi decizie, Curtea se sprijină pe tradiţia democratică şi pentru a justifica crearea prin Legea administraţiei publice locale a «comisiei administrative a judeţului», invocând existenţa unor „structuri asemănătoare (…) în perioada dintre cele două războaie mondiale, sub denumirea de «consiliu de prefectură»[19], precum şi sub denumirea de «comisie administrativă a judeţului» (Legea pentru organizarea administraţiunii locale din 1929)”[20].

Această decizie a Curţii Constituţionale, anterioară revizuirii art. 1(3)C, este importantă pentru a contura atât sfera actelor care trebuie luate în consideraţie când vorbim de tradiţiile democratice ale poporului român, cât şi sfera dispoziţiilor care trebuiesc interpretate în sensul acestor tradiţii.

Dacă acceptăm această interpretare, atunci dispoziţia aparent utopică şi demagogică introdusă în art. 1(3) prin Legea de revizuire din 2003 capătă o semnificaţie deosebit de importantă, ea creând obligaţia de a interpreta toate dispoziţiile Constituţiei actuale în sensul tradiţiilor democratice ale poporului român, indiferent de poziţia actului normativ anterior în ierarhia normativă şi chiar independent uneori de caracterul normativ al actului care conturează zisele tradiţii.

Curtea Constituţională, care invoca până în 2003 tradiţiile democratice doar sporadic, chiar dacă jurisprudenţa era, cum am văzut, deosebit de consistentă, ar fi acum obligată de art. 1(3) să facă referire expresă la aceste tradiţii atunci când ele sunt relevante din punctul de vedere al democraţiei. O interpretare istorică devenită deci obligatorie este prima posibilă consecinţă a normativizării

[18] *Decizia 112/2001*, precitată.
[19] Legea de unificare administrativă din 1925.
[20] Idem.

constituţionale a tradiţiilor democratice ale poporului român.

Din punctul de vedere al celor care sesizează Curtea, atitudinea extensivă a interpretării jurisprudenţiale a tradiţiilor democratice ale poporului român poate fi un vector de evoluţie deosebit de important. Utilizarea mai pregnantă a argumentelor istorice ar trebui să fie deci o cauză a creşterii ratei de succes în faţa Curţii. Răspunsul la întrebarea din titlul acestei părţi a studiului trebuie să fie pozitiv: istoria poate fi o pârghie importantă în obţinerea unei protecţii adecvate a drepturilor şi libertăţilor.

E. Argumentarea teleologică

Argumentarea teleologică, finalistă, este greu de impus în faţa unei instanţe prea puţin preocupată de filosofie. Câteva reguli ar putea fi însă desprinse din analiza reacţiei Curţii Constituţionale. Ele privesc alegerea tipului de finalitate invocată ca argument de neconstituţionalitate, combinarea argumentelor finaliste cu analiza contextuală a oportunităţii şi formalizarea intereselor particulare în termenii interesului general.

Este evident că instanţa constituţională preferă argumentele prin care se invocă protecţia unor scopuri generale. Interesul general, care, conform teoriei liberale, nu ar trebui să poată fi invocat contra unei libertăţi fundamentale, căci, cum spunea Rawls, „o libertate de bază[21] nu poate fi limitată sau refuzată decât pentru a proteja una sau mai multe alte libertăţi de bază şi niciodată […] în numele binelui public sau al valorilor perfecţioniste”[22], este prevalent pentru Curtea Constituţională a României.

Invocarea unei finalităţi a sistemului ca argument de neconstituţionalitate trebuie să ţină cont de această atitudine generală. Astfel că orice interes individual, chiar dacă ar trebui să fie conceput în mod reflex într-o democraţie liberală ca scop al sistemului, trebuie să fie formalizat în termenii unui interes general. Autorii excepţiilor trebuie să gândească în termenii în care gândeşte un lobyst: nu vorbeşti de creşterea salariilor profesorilor, ci de necesitatea unei

[21]«Fundamentală» în sensul Constituţiei României.

[22]John Rawls, *Libéralisme politique*, PUF, Quadrige, Paris, 2007, p. 351.

finanţări adecvate unei bune educaţii; nu de afectarea drepturilor salariale prin măsurile de echilibrare a bugetului, ci de existenţa unor metode alternative de colectare mai eficientă a impozitelor; dacă statul pretinde că apără securitatea naţională prin restrângerea drepturilor, nu trebuie argumentat în sensul că securitatea naţională este mai puţin importantă pentru sistemul democratic decât libertăţile cetăţenilor, ci în sensul că ea este mai bine apărată prin creşterea sau menţinerea nivelului de protecţie etc.

Pe de altă parte, Curtea are tendinţa de a privilegia analiza conjuncturală a argumentelor teleologice. Astfel că pare să fie utilă referirea la starea economică a societăţii, sau la ameninţările actuale la adresa securităţii naţionale, sau la morala publică, determinată în funcţie de evoluţia emoţională a publicului, mass-media etc. Deciziile privitoare la reducerea salariilor şi pensiilor pronunţate anul trecut fiind extrem de relevante în acest sens.

§3. Există soluţii de depăşire a eşecului?

Utilizarea anumitor tehnici de argumentare nu trebuie supraevaluată: când instanţa este filosofic şi metodologic confuză, este greu de estimat care va fi efectul oricărei tehnici de persuasiune. Aşa că trebuie avut în vedre eşecul. Remedierea acestuia este decisivă. Două probleme se pun: când mai merită încercată o nouă excepţie de neconstituţionalitate şi care sunt alternativele posibile după epuizarea căii contenciosului constituţional.

Curtea Constituţională îşi schimbă cu greu jurisprudenţa. Totuşi, existenţa unei opinii separate a unui număr de judecători şi luarea în consideraţie a schimbării unor membri ai Curţii, mai ales când aceştia au deja opinii favorabile unor astfel de schimbări, făcute publice, pot fi indicii ale unor schimbări ale tendinţelor jurisprudenţiale. Pentru a obţine o jurisprudenţă diferită, trebuie însă mizat mai degrabă pe motive noi de neconstituţionalitate. Mai ales pe invocarea unor dispoziţii constituţionale care nu mai fuseseră invocate. Caracterul nou al motivelor de neconstituţionalitate trebuie însă clar subliniat.

Dar, de regulă, eşecul în contenciosul constituţional ar trebui să conducă la utilizarea contenciosului de convenţionalitate. În final, trebuie înţeles că garanţii drepturilor şi libertăţilor persoanelor sunt în primul rând judecătorii de la

instanţele ordinare.

Titlul III. Probleme generate de proiectul de revizuire a Constituţiei

Capitolul 1. Logica electorală a Proiectului de lege de revizuire a Constituţiei

Preşedintele României a declanşat procedura de revizuire a Constituţiei. Astfel discuţiile lansate acum câţiva ani intră într-o nouă etapă. Proiectul de lege de revizuire este centrat mai degrabă pe temele referendumului din 2009 şi pe rezultatele campaniilor prezidenţiale decât pe raportul întocmit de Comisia Prezidenţială de Analiză a Regimului Politic şi Constituţional din România. Preşedintele dovedeşte astfel că are un simţ politic deosebit, căci temele revizuirii sunt cele asupra cărora electoratul s-a pronunţat sau cu privire la care a fost format să gândească într-un mod previzibil. Previzibilitatea reacţiei electorale a fost principiul cheie în opera de realizare a proiectului. Tehnica juridică şi analiza ştiinţifică a funcţionării sistemului sunt astfel în mod evident subordonate oportunităţii politice.

Proiectul este centrat în primul rând pe tema reducerii numărului de parlamentari şi pe cea a eliminării din sistem a uneia dintre Camerele Parlamentului, teme care fuseseră electoral tranşate în urma referendumului din 2009.

În al doilea rând, este vorba de corupţia din rândul clasei politice, o temă dragă electoratului şi pe care Preşedintele a promovat-o constant, temă care se transpune în proiect în eliminarea imunităţii parlamentare pentru faptele care nu privesc exercitarea mandatului şi în eliminarea condiţionării urmăririi penale a membrilor Guvernului, pentru faptele ce ţin de exercitarea funcţiei lor, de cererea făcută în acest sens de Camerele Parlamentului sau de Preşedinte.

În al treilea rând, eliminarea prezumţiei de dobândire licită a averii este o temă electoral tranşată, căci toate campaniile prezidenţiale au fost centrate decisiv pe teme „mogulilor", adică a celor care au făcut averi importante pe baza unei presupuse spolieri a naţiunii de bogăţiile ei, şi au avut succes în bună măsură datorită sensibilităţii electoratului la diferenţele de avere şi datorită tendinţei, bine întreţinute, de a considera proprietatea un furt.

În al patrulea rând, campaniile contra magistraţilor, descrişi ca o categorie profesională coruptă şi ineficientă, care au dus la o scădere dramatică de

popularitate a acestora, sunt acum fructificate în proiect prin introducerea răspunderii judecătorilor şi procurorilor ca domeniu al legii organice şi întărirea răspunderii pentru erorile judiciare, prin determinarea diferită a independenţei acestora, căci ei se supun de acum nu numai legii, ci şi deciziilor Curţii Constituţionale, ceea ce pare să fie indiferent, dar are ca scop eliminarea unor tendinţe de a decide contra jurisprudenţei instanţei specializate mai ales în domeniul controlului de convenţionalitate şi în reconfigurarea Consiliului Superior al Magistraturii, prin întărirea poziţiei procurorilor şi reprezentanţilor societăţii civile, ceea ce îi pune pe judecători, cei care se bucură de garanţii mai puternice de independenţă, în situaţia de a fi minoritari în Consiliu, căci conform Constituţiei actuale ei sunt 9, în condiţiile în care procurorii sunt 5, iar reprezentanţii societăţii civile sunt 2, în timp ce în noua Constituţie ei ar fi 5, în timp ce reprezentanţii societăţii civile ar fi 6. Politizarea consiliului ar fi astfel asigurată. În fine, puterea judecătorească pierde competenţa de a controla actele administrative care privesc politicile fiscale şi bugetare.

Funcţionalizarea raporturilor dintre puteri şi clarificarea opţiunii pentru un anumit tip de regim politic pare abordată tangenţial, căci aceasta este mult mai puţin tranşată din punct de vedere electoral, iar o afirmare clară a unei opţiuni pentru întărirea decisivă a rolului Preşedintelui ar fi fost inoportună din punct de vedere electoral. Totuşi, într-o maniera mai subtilă decât s-au aşteptat mulţi, Preşedintele îşi întăreşte poziţia. Prin impunerea caracterului obligatoriu al avizului Curţii Constituţionale în cadrul procedurii de suspendare din funcţie a Preşedintelui, prin impunerea unei obligaţii de consultare a Preşedintelui înainte ca primul-ministru să propună revocarea sau numirea unor membrii ai Guvernului, prin faptul că el propune Parlamentului pe directorii serviciilor de informaţii, prin tranşarea constituţională a competenţelor în cadrul referendumului prevăzut de art. 90C, prin întărirea, poate deloc evidentă dar decisivă, a poziţiei Consiliului Suprem de Apărare a Ţării şi alte asemenea dispoziţii.

Tema clarificării relaţiilor dintre puteri este de asemenea în principiu tranşată din punct de vedere electoral şi, deşi Preşedintele a fost de multe ori cel care a declanşat conflicte sistemice, el a ştiut întotdeauna să apară ca cel care le rezolvă, atrăgând simpatia majorităţii electoratului.

O temă pe care opoziţia a încercat să o speculeze este lipsa de disciplină financiară a statului şi îndatorarea externă pentru consum. Proiectul tranşează problema impunând un maxim al deficitului bugetar de 3% şi determinând scopul împrumuturilor externe: investiţiile. Evident, din punct de vedere juridic se poate discuta la nesfârşit despre eficacitatea acestor norme, dar din punct de vedere politic efectul este punerea opoziţiei în imposibilitate de a specula tema.

Şi cum minorităţile naţionale sunt foarte importante atât din punct de vedere electoral cât şi pentru tranşarea jocului de forţe la nivel instituţional, Preşedintele nu putea să le neglijeze, aşa că proiectul a întărit implicarea acestora în deciziile ce le privesc, impunând o consultare a organizaţiilor acestora în deciziile ce privesc identitatea lor etnică, culturală şi religioasă.

Urmând o logică electorală, proiectul nu putea neglija siguranţa atât de dragă cetăţenilor, aşa că reţinerea a fost extinsă de la 24 la 48 de ore, iar problema atât de spinoasă a duratei rezonabile şi a stabilirii unui maxim pentru arestarea preventivă în faza de judecată a procesului penal a fost aparent neglijată. Poziţia autorităţilor se întăreşte, dar nu şi protecţia libertăţilor persoanelor, dar acest lucru este pe placul electoratului, obişnuit de campaniile televizate să înţeleagă reţinerea şi arestarea preventivă ca pe o regulă, nu ca pe o excepţie.

Aşadar, proiectul de revizuire este de necontrat din punct de vedere electoral, căci el reia toate temele dragi electoratului, mizând pe predictibilitatea reacţiei acestuia. Dacă rezolvă sau nu problemele disfuncţionalităţii sistemului rămâne de discutat. Dar, oricum, această discuţie, mult mai savantă decât temele electorale, nu va crea niciun impact major asupra votului în campaniile electorale din perioada următoare.

Opoziţia este în capcană. Una în care a căzut singură discutând continuu despre revizuirea Constituţiei ca despre o necesitate. Nimeni nu se mai îndoieşte de această necesitate, cu excepţia unor specialişti în drept, care au susţinut că ea este sistemic inoportună, deşi electoral este decisivă, printre care mă număr şi eu. Acum, odată lansat proiectul de lege de revizuire, opoziţia nu poate nega ceea ce electoratul vrea şi ceea ce ea însăşi a determinat ca fiind o necesitate. A susţine acum că nu vrei un parlament unicameral, reducerea numărului de reprezentanţi, restrângerea imunităţii parlamentare, urmărirea

penală mai facilă a membrilor Guvernului, lămurirea raporturilor conflictuale dintre puterile statului, reducerea arbitrarului din actul de justiţie şi extinderea răspunderii magistraţilor, întărirea protecţiei cetăţenilor contra infracţionalităţii sau limitarea constituţională a risipei fondurilor publice sau a fondurilor din creditarea externă echivalează cu o sinucidere politică. Aşa că proiectul de lege de revizuire prezentat de Preşedinte a pus opoziţia în şah. Rămâne de văzut dacă este şi mat. Desigur, proiectul poate fi respins uşor de Parlament, având în vedere majorităţile calificate cerute pentru revizuirea Constituţiei, dar nu cred că scopul real al Preşedintelui este revizuirea, ci mai degrabă obţinerea unui avantaj electoral. Opoziţia parlamentară este pusă în situaţia de a admite revizuirea sau de a pierde o parte importantă a electoratului. Ieşirea din dilemă este posibilă, dar nu este uşor de obţinut. De vină este modalitatea de a face opoziţie şi campanii de presă pe care partidele implicate au practicat-o în ultimii ani. Preşedintele vine acum cu un răspuns structural la o problemă tratată de opoziţie prin personalizare, chiar dacă la o analiză mai atentă proiectul se dovedeşte doar o aparenţă de rezolvare a problemelor structurale ale sistemului politic şi constituţional românesc.

Capitolul 2. Capcana unei decizii întemeiate – despre Decizia C.C. privind revizuirea Constituţiei

Plenul Curţii Constituţionale, reunit în şedinţă la data de 16 şi 17 iunie 2011, a dezbătut, în temeiul art.146 lit. a) din Constituţie, Proiectul de lege privind revizuirea Constituţiei României, transmis de Preşedintele României.

În urma deliberării, Plenul Curţii Constituţionale a decis următoarele:

1. Cu majoritate de voturi, constată că proiectul de lege pentru revizuirea Constituţiei a fost iniţiat cu respectarea prevederilor art.150 alin.(1) din Constituţie.

2. Cu majoritate de voturi, constată că eliminarea tezei a doua a art.44 alin.(8) din Constituţie, potrivit căreia "Caracterul licit al dobândirii se prezumă" este neconstituţională, deoarece are ca efect suprimarea unei garanţii a dreptului de proprietate, încălcându-se astfel limitele revizuirii prevăzute de art.152 alin.(2) din Constituţie.

3. Cu majoritate de voturi, constată că modificarea alin.(2) şi abrogarea alin.(3) ale art.72 din Constituţie sunt neconstituţionale deoarece au ca efect suprimarea unui drept fundamental al persoanei care ocupă o demnitate publică, încălcându-se astfel limitele revizuirii prevăzute de art.152 alin.(2) din Constituţie.

4. Cu majoritate de voturi, constată că abrogarea alin.(2) şi modificarea alin.(3) ale art.109 din Constituţie sunt neconstituţionale, deoarece au ca efect suprimarea unui drept fundamental al persoanei care ocupă o demnitate publică, încălcându-se astfel limitele revizuirii prevăzute de art.152 alin.(2) din Constituţie.

5. Cu majoritate de voturi, constată că modificarea alin.(6) al art.126 din Constituţie, în sensul introducerii sintagmei "precum şi a celor care privesc politicile financiare şi bugetare ale Guvernului, în condiţiile legii contenciosului administrativ" este neconstituţională, deoarece are ca efect suprimarea liberului acces la justiţie, încălcându-se astfel limitele revizuirii prevăzute de art.152 alin.(2) din Constituţie.

6. Cu majoritate de voturi, constată că modificările alin.(2) lit. a) şi b) şi alin.(3) ale art.133 sunt neconstituţionale, deoarece au ca efect încălcarea independenţei justiţiei, în contradicţie cu dispoziţiile art.152 alin.(1) din Constituţie.

7. Supune atenţiei Preşedintelui României observaţiile din considerentele

acestei decizii privitoare la următoarele dispoziţii din proiectul de lege pentru revizuirea Constituţiei: art.6 alin.(3), art.52 alin.(3), art.64 alin.(2) şi alin.(5), art.71 alin.(2), art.73 lit.s1, art.76 alin.(1), art.87 alin.(1), art.90, art.92 alin.(31), art.95, art.98 alin.(2), art.107 alin.(4), art.114 alin.(1), art.124 alin.(3) şi (4), art.133 alin.(5), art.146 lit. c), e) şi l) şi art.154 alin.(2).

8. Constată că celelalte prevederi din proiectul de lege pentru revizuirea Constituţiei nu contravin dispoziţiilor constituţionale.

Curtea Constituţională s-a pronunţat asupra constituţionalităţii proiectului legii de revizuire a Constituţiei. Motivarea deciziei nu mă va preocupa deocamdată, dar am considerat util să atrag atenţia asupra unor probleme ce pot fi analizate doar pe baza comunicatului de presă reprodus mai sus. Desigur, un comentariu mai detaliat va urma.

Decizia Curţii este, în ceea ce priveşte primele şase puncte, una întemeiată. Dispoziţiile din proiectul de lege de revizuire sunt într-adevăr neconstituţionale. Ceea ce este neclar priveşte punctul 7 din comunicat, căci nu este deloc evident care este efectul pe care îl presupune C.C. când supune atenţiei Preşedintelui României considerentele privitoare la unele dispoziţii ale proiectului. Pe de altă parte, unele dispoziţii, care sunt după părerea mea în acelaşi timp neconstituţionale şi decisive pentru evoluţia generală a sistemului către autoritarism, nu au fost deloc analizate. În fine, efectele juridice ale deciziei Curţii sunt neclare, căci Legea 47/1992 este ambiguă, iar Curtea se mulţumeşte, deocamdată, să arate că decizia sa este general obligatorie, deşi în cazul acestui tip de decizie această afirmaţie pare lipsită de sens. Din punct de vedere politic, opoziţia jubilează cam devreme. Cum atrăgeam atenţia în capitolul anterior, logica Preşedintelui este electorală, nu juridică, aşa că o decizie a C.C. care are efecte problematice nu-l va împiedica să îşi atingă scopurile.

A. C.C. atrage supune atenţie Preşedintelui observaţiile din considerentele deciziei

Cei mai mulţi se vor întreba care va fi reacţia Preşedintelui faţă de observaţiile Curţii. Probabil că va proceda ca un copil mustrat asupra căruia nu

ai nici o autoritate. Adică va trimite Parlamentului proiectul aşa cum l-a redactat. Comportamentul este logic, căci efectele acestor considerente nu sunt reglementate în nici un fel de Legea 47/1992. Într-adevăr, art. 21(2) din Lege dispune că „Decizia Curţii se comunică celor care au iniţiat proiectul de lege sau propunerea legislativă ori, după caz, reprezentantului acestora", iar art.22 că „proiectul de lege sau propunerea legislativă se prezintă Parlamentului numai împreună cu decizia Curţii Constituţionale, comunicată potrivit art. 21 alin. (2)". Or, cum logica Preşedintelui este electorală, ceea ce îl interesează este ca Parlamentul să dezbată temele propuse de el, nu ca dispoziţiile să fie adoptate în forma propusă. Orientarea tematică a dezbaterilor este ţinta principală a acestui proiect, iar considerentele C.C. nu au nici o relevanţă din acest punct de vedere. În 2003 C.C. a oferit multe considerente de neconstituţionalitate când s-a pronunţat asupra iniţiativei de revizuire[1], dar efectul acestora asupra dezbaterilor parlamentare a fost practic inexistent, ceea ce cred că se va întâmpla şi de data aceasta, deşi Curtea va urma acum să se pronunţe şi asupra constituţionalităţii legii de revizuire după adoptare, ceea ce a refuzat să facă în 2003[2]. Curtea ar fi trebuit să tranşeze problema, adică să declare fie constituţionale fie contrare Constituţiei prevederile analizate. Chiar şi în aceste condiţii efectele deciziei sale ar fi fost discutabile. „Observaţiile" Curţii sunt cu atât mai mult lipsite de efecte concrete.

B. Neconstituţionalitatea unor dispoziţii din proiect ignorate de C.C.

Nu voi încerca pentru moment o analiză a tuturor dispoziţiilor care pot ridica probleme de constituţionalitate şi pe care C.C. nu le analizează, ci mă voi opri asupra uneia dintre ele doar pentru a exemplifica.

Una dintre cele mai importante dispoziţii din proiect, care părăseşte filonul

[1] Decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003, publicată în Monitorul Oficial nr. 317 din 12.05.2003.

[2] **Vezi Decizia nr. 356 din 23 septembrie 2003, publicată în Monitorul Oficial nr.686 din 30.09.2003 şi Decizia nr. 385 din 15 octombrie 2003, publicată în Monitorul Oficial nr.728 din 17.10.2003**

logic principal al acestuia, cel electoral, este completarea art. 119 cu un nou alineat: „(2) În condiţiile legii, Consiliul Suprem de Apărare a Ţării transmite Parlamentului, în vederea aprobării, strategia de securitate naţională".

Dispoziţia pare inocentă la prima vedere, dar atât terminologia generală utilizată de text cât şi modul în care securitatea naţională a fost definită de C.C. fac ca ea să fie extrem de periculoasă pentru democraţia românească extrem de fragilă. Consiliul, care nu este decât o autoritate administrativă autonomă, devine din punct de vedere constituţional un fel de supra-guvern. El nu supune analizei Parlamentului o strategie, ci o „transmite, în vederea aprobării". Ideea subsecventă acestei exprimări este clară, chiar dacă pare voalată: acest Consiliu, care ar trebui să fie unul de război, devine creator de politici care, odată aprobate de Parlament, devin obligatorii pentru Guvern. Or, conform Constituţiei României, „Guvernul, potrivit programului său de guvernare acceptat de Parlament, asigură realizarea politicii interne şi externe a ţării şi exercită conducerea generală a administraţiei publice"[3].

Pe de altă parte, conceptul de securitate naţională este unul atotcuprinzător şi poate justifica intervenţia acestui Consiliu în orice problemă ar fi interesat să intervină. C.C. a contribuit la lărgirea excesivă a noţiunii, în aşa fel încât nicio limită clară nu poate fi impusă unui Consiliu care vrea să se afirme. Astfel, în Decizia nr. 872 din 2010[4], Curtea consideră că „este evident că securitatea naţională nu implică numai securitatea militară, deci domeniul militar, ci are şi o componentă socială şi economică. Astfel, nu numai existenţa unei situaţii *manu militari* atrage aplicabilitatea noţiunii de «securitate naţională» din textul art. 53, ci şi alte aspecte din viaţa statului - precum cele economice, financiare, sociale - care ar putea afecta însăşi fiinţa statului prin amploarea şi gravitatea fenomenului". Potrivit acestei jurisprudenţe, CSAT poate transmite spre aprobare Parlamentului tot ce doreşte în materia politicilor economice, financiare si sociale, adică în orice problemă, căci aceste trei noţiuni cuprind practic toate relaţiile sociale. Să fie acesta rolul unui consiliu de război? Eu mă îndoiesc. Guvernul este cel care ar trebui, conform Constituţiei, să determine

[3] Art.102(1)

[4] Publicată în Monitorul Oficial nr. 433 din 28.06.2010.

politicile publice în domeniile amintite.

Componenţa CSAT face ca această extindere de competenţe să fie contrară caracterului democratic al statului român, impus de art. 1(3)C. Astfel, conform Legii nr. 415/2002, Preşedintele României este preşedintele Consiliului, vicepreşedinte este primul-ministru, iar membrii sunt miniştrii apărării, de interne, de externe, justiţiei, industriei, de finanţe, precum şi directorul Serviciului Român de Informaţii, directorul Serviciului de Informaţii Externe, şeful Statului Major General şi consilierul prezidenţial pentru securitate naţională. Deci, politicile care privesc securitatea naţională, adică şi cele economice, financiare şi sociale, ar fi concepute şi transmise spre aprobare Parlamentului de şefii serviciilor secrete, propuşi, conform proiectului de lege de revizuire de Preşedinte, şefii armatei, aflaţi în subordinea comandantului suprem, unii miniştrii, care sunt numiţi de Preşedinte şi printre care se află cel de externe, care este dependent de Preşedinte, căci acesta dirijează politica externă a României şi cel al internelor, adică şeful sistemului de represiune internă, precum şi un consilier prezidenţial aflat în subordinea aceluiaşi Preşedinte. Comodă majoritate, dar incomodă componenţă pentru o democraţie incipientă!

După părerea mea, o astfel de revizuire a Constituţie este contrară spiritului acesteia şi caracterului democratic al statului român, precum şi dispoziţiilor constituţionale care determină rolul Guvernului.

C. Efectele deciziei

Legea nr. 47/1992 este neclară în ceea ce priveşte efectul deciziei prin care C.C. constată că unele dispoziţii din proiectul de lege de revizuire sunt neconstituţionale. Pretenţia Curţii de a impune *erga omnes* decizia este nejustificată. Astfel, Legea dispune doar că „proiectul de lege sau propunerea legislativă se prezintă Parlamentului numai împreună cu decizia Curţii Constituţionale”. Deci proiectul poate fi transmis Parlamentului aşa cum a fost conceput de iniţiator. Singura obligaţie este transmiterea deciziei Curţii împreună cu proiectul. Curtea realizează din oficiu un control de constituţionalitate ulterior adoptării proiectului. Dar care este efectul acestui

control? Legea dispune că „Decizia prin care se constată că nu au fost respectate dispoziţiile constituţionale referitoare la revizuire se trimite Camerei Deputaţilor şi Senatului, în vederea reexaminării legii de revizuire a Constituţiei, pentru punerea ei de acord cu decizia Curţii Constituţionale". Or, Parlamentul poate foarte bine să mimeze punerea de acord, cum a făcut-o de atâtea ori în cazul legilor obişnuite. Apoi Legea de revizuire este supusă testului referendumului. Controlul poporului este, cum bine ştim, ineficient. Aşa că singura piedică în calea unei revizuiri care depăşeşte limitele este politică. Or, dacă în Parlament s-a format o majoritate suficientă pentru adoptarea proiectului, cred că ea poate foarte bine să convină asupra mimării punerii de acord cu decizia C.C. Această punere de acord, introdusă prin revizuire din 2003 s-a dovedit deja o greşeală, acum ar putea deveni una fatală.

E. Ce vrea de fapt Preşedintele României?

Ceea ce cred eu că urmăreşte Preşedintele României este dezbaterea parlamentară şi publică a problemelor din proiect, indiferent dacă ele au fost considerate de C.C. contrare Constituţiei. Or în această dezbatere opoziţia va fi în inferioritate dacă nu găseşte modalitatea adecvată de a ieşi din logica iniţiatorului. Unele teme ale revizuirii nu sunt urmărite în sine de Preşedinte, ci doar pentru a câştiga electoratul. Preşedintele nu vrea să impună cu orice preţ dispoziţiile declarate neconstituţionale de Curte, asupra cărora consilierii domniei sale i-au atras cu siguranţă atenţia că nu vor fi considerate constituţionale, ci vrea să lanseze temele în dezbatere în interiorul instituţiilor statului implicate în procesul de revizuire pentru ca electoratul să sancţioneze comportamentele aleşilor care sunt contrare opiniei pe care cetăţenii şi-au format-o deja, deşi din punct de vedere juridic opiniile opoziţiei pot fi întemeiate. Nu trebuie uitat că electoratul nu prea este încântat de imunitatea parlamentară, nici de independenţa justiţiei, deşi aceste două instituţii nu protejează persoanele, ci exerciţiul unor funcţii. Şi nu trebuie uitat că un sondaj realizat anul trecut arăta că la un referendum electoratul ar vota în proporţie de peste 90% pentru reintroducerea pedepsei cu moartea, deşi aceasta este prohibită expres de Constituţie şi de mai multe tratate internaţionale la care

România este parte. În aceste condiţii, a spune electoratului că atenuarea imunităţii parlamentare este neconstituţională pentru că are ca rezultat „suprimarea unui drept fundamental al persoanei care ocupă o demnitate publică, încălcându-se astfel limitele revizuirii prevăzute de art.152 alin.(2) din Constituţie" echivalează cu a face nodul la funia cu care urmează să te spânzuri. De fapt, toate temele lansate sunt, cum arătam deja, fie decise de electorat la referendum, fie cele în privinţa cărora electoratul va avea o reacţie previzibilă. Desigur, din punct de vedere juridic, eliminarea prezumţiei de dobândire licită a averii este neconstituţională, şi îi felicit pe judecătorii Curţii Constituţionale pentru că au decis astfel. Dar din punct de vedere electoral oricine va încerca în Parlament să susţină prezumţia va fi acuzat că vrea să ascundă modul cum el sau clientela sa politică au dobândit averea. De fapt acesta este scopul. Şi, am văzut că tema poate fi lansată în ciuda deciziei C.C. Pe de altă parte, decizia C.C. este întemeiată atunci când decide neconstituţionalitatea revizuirii dispoziţiilor privind imunitatea parlamentară. Dar motivarea este o capcană politică. Nu un drept fundamental al aleşilor este protejat de instituirea constituţională a imunităţii, ci funcţionarea independentă a Parlamentului. Or, dacă, politic vorbind, aleşii vor merge pe firul raţionamentului Curţii, vor da impresia că vor să se protejeze pe ei, nu o instituţie, ceea ce va atrage dacă nu furia, cel puţin indignarea unei părţi mari a electoratului.

Preşedintele României pregăteşte de ani buni aceste teme de dezbatere. Opoziţia a căzut în capcana afirmării necesităţii revizuirii şi acum nu o mai poate nega. Or, ceea ce este important pentru Preşedinte şi pentru partidul de guvernământ este ca aceste teme delicate pentru Parlament să fie dezbătute, soluţia finală nefiind prea importantă. Uimitor este cum opoziţia a dezbătut revizuirea continuu în ultimul timp, iar acum a muşcat momeala aşa-zisei regionalizări şi a uitat de ea. Dar această presupusă regionalizare, care nu este de fapt decât un fel de fumigenă mediatică ne va preocupa în alt capitol.

Capitolul 3. Neconstituţionalitatea procedurii de iniţiere a revizuirii Constituţiei – despre Decizia C.C. nr. 799, din 17 iunie 2011, referitoare la proiectul legii de revizuire a Constituţiei României[1]

Extras din Decizie:

A. Îndeplinirea condiţiilor pentru exercitarea dreptului de iniţiativă în materia revizuirii Constituţiei

Curtea reţine că dreptul Preşedintelui României de a iniţia revizuirea Legii fundamentale este prevăzut de art.150 alin.(1) din Constituţie, potrivit căruia "Revizuirea Constituţiei poate fi iniţiată de Preşedintele României la propunerea Guvernului [...]".

În cauză, Guvernul a adoptat, sub forma unui proiect de lege, propunerea de revizuire a Constituţiei în şedinţa din 21 aprilie 2010 şi a transmis-o Preşedintelui României, cu Adresa nr.5/EB/38 din 21 aprilie 2010.

În exercitarea dreptului său constituţional, prevăzut de art.150 alin.(1) din Legea fundamentală, Preşedintele României a decis iniţierea procedurii de revizuire a Constituţiei şi, înainte de sesizarea Parlamentului, a transmis Curţii Constituţionale proiectul de lege privind revizuirea Constituţiei, însoţit de următoarele documente: expunere de motive, avizul Consiliului Legislativ transmis Preşedintelui României cu Adresa nr.256 din 9 iunie 2011, Adresa Guvernului României nr.5/EB/38 din 21 aprilie 2010 de înaintare a propunerii de revizuire a Constituţiei către Preşedintele României, Adresa ministrului justiţiei nr.41.947 din 21 aprilie 2010 prin care a transmis primului-ministru proiectul de lege privind revizuirea Constituţiei României, împreună cu expunerea de motive.

Examinând aceste documente, Curtea constată că proiectul legii de revizuire înaintat de Preşedintele României Curţii Constituţionale pentru a se pronunţa, în temeiul art.146 lit. a) teza întâi din Constituţie, conţine o serie de modificări şi completări ale proiectului legii de revizuire înaintat Preşedintelui României de către Guvern. Astfel fiind, Curtea urmează să decidă dacă

---

[1]Publicată în Monitorul Oficial nr. 440 din 23.06.2011.

*Autorul este cadru didactic la Facultatea de Drept şi Ştiinţe Administrative a Universităţii din Craiova.

intervenţia Preşedintelui, în sensul modificării şi completării proiectului legii de revizuire a Constituţiei propus de Guvern, constituie o încălcare a normelor constituţionale incidente în materia iniţiativei revizuirii, norme care circumscriu limitele acesteia.

Curtea reţine că dispoziţiile art.150 din Constituţie, care reglementează titularii dreptului de iniţiere a revizuirii Constituţiei (Preşedintele României, deputaţi şi senatori, respectiv cetăţeni), instituie şi o serie de condiţii cu privire la exercitarea acestui drept. În cazul Preşedintelui României, dispoziţiile menţionate condiţionează exercitarea dreptului în cauză doar de formularea unei propuneri în acest sens din partea Guvernului. Stabilind că revizuirea "poate fi iniţiată de Preşedintele României", textul constituţional nu distinge referitor la competenţele Preşedintelui României în calitate de titular al dreptului de iniţiativă a revizuirii Constituţiei şi nici nu instituie vreo obligaţie sau interdicţie în ceea ce îl priveşte. Prin urmare, Preşedintele României, primind propunerea Guvernului de revizuire a Constituţiei, are deplina libertate de a decide să iniţieze revizuirea Constituţiei sau să nu o iniţieze, iar, în cazul în care decide iniţierea acesteia, să îşi însuşească întocmai, numai în parte sau să completeze propunerea Guvernului. O altă interpretare a textului constituţional, în sensul atribuirii unui rol pur formal Preşedintelui României în cadrul acestei proceduri, respectiv acela de a transmite Parlamentului un proiect de lege privind revizuirea Constituţiei astfel cum a fost propus de Guvern, ar fi de natură să golească de conţinut dreptul său de iniţiativă. Or, acest drept i-a fost conferit de legiuitorul constituant tocmai în considerarea rolului şi a poziţiei pe care Preşedintele României o ocupă în cadrul sistemului politic al societăţii, care îi permite să cunoască evoluţia acesteia şi perspectivele sale de dezvoltare şi să valorifice aceste constatări, inclusiv pe calea iniţierii unui proces de modificare a Legii fundamentale a statului, atunci când, prin propunerea Guvernului în acest sens, se realizează un acord al celor 2 reprezentanţi ai puterii executive cu privire la iniţierea unui astfel de proces.

Faţă de cele reţinute, Curtea constată că exercitarea dreptului de iniţiativă legislativă a revizuirii Constituţiei s-a făcut cu respectarea prevederilor art.150 alin.(1) din Constituţia României.

De asemenea, au fost respectate dispoziţiile art.19 alin.(1) din Legea

nr.47/1992 privind organizarea şi funcţionarea Curţii Constituţionale, proiectul legii de revizuire depus la Curtea Constituţională fiind însoţit de avizul Consiliului Legislativ.

Curtea Constituţională analizează în această primă parte a Deciziei o problemă deosebit de spinoasă: cea a modificării şi completării propunerii de revizuire adoptată de Guvern de către Preşedintele României.

Esenţa argumentaţiei este construită pornind de la ideea că Preşedintele are dreptul de a iniţia revizuirea Constituţiei şi că acest drept ar fi lipsit de consistenţă dacă el nu ar putea modifica proiectul guvernamental, rezumându-se la transmiterea acestuia către Parlament.

Problemele ridicate de acest raţionament sunt, în opinia mea, următoarele: determinarea tipului de interpretare utilizat de C.C. atunci când stabileşte premisele şi determinarea tipului de logică utilizat când ea derivă concluziile.

A. Determinarea premiselor

C.C. interpretează art. 150(1)C, conform căruia „Revizuirea Constituţiei poate fi iniţiată de Preşedintele României la propunerea Guvernului...". Ea porneşte de la ideea că textul stabileşte un «drept» al Preşedintelui României. Singura condiţie pentru exercitarea acestui «drept» ar fi formularea unei propuneri în acest sens din partea Guvernului.

Stabileşte însă Constituţia, în acest caz, un «drept»? Eu cred că este vorba de o competenţă. Fiind vorba despre un organ al statului, nu despre o persoană, analiza trebuie să fie făcută în mod necesar în termenii competenţelor, nu al drepturilor. Curtea glisează analiza în sfera drepturilor, pentru că un drept creează o libertate de exercitare, în timp ce o competenţă, nu, cel puţin când este o competenţă legată de o altă competenţă. Confuzia terminologică nu este deci, în acest caz, neutră. De altfel, Curtea ne-a obişnuit cu acest tip de interpretare: competenţa Preşedintelui de a declanşa referendumul normat de art. 90C a fost analizată în termeni identici, transformându-se într-un drept necondiţionat; protecţia asigurată Parlamentului prin instituirea imunităţii

parlamentare este transformată într-un drept fundamental al parlamentarului etc.

Ce tip de interpretare este aceasta, pe lângă faptul că este evident confuză? Ea transferă un concept dintr-o sferă a dreptului în alta. Metoda pare a fi analogia. Curtea face analiza competenţei Preşedintelui aplicându-i grila de analiză specifică exercitării unui drept de către o persoană: „Stabilind că revizuirea «*poate fi iniţiată de Preşedintele României*», textul constituţional nu distinge referitor la *competenţele* Preşedintelui României în calitate de titular al *dreptului* de iniţiativă a revizuirii Constituţiei şi nici nu instituie vreo obligaţie sau interdicţie în ceea ce îl priveşte". În cazul unui drept, dacă legea nu determină expres o interdicţie sau o limitare a exerciţiului său, nu poate fi instituită o astfel de limitare prin interpretare. Regula în materia exercitării drepturilor fiind libertatea, orice limitare a acesteia trebuie determinată expres prin lege. Curtea translatează regula în domeniul exerciţiului unei competenţe, printr-o analogie, problematică de altfel nu doar ca sferă de aplicare, ci şi ca raţionament logic. Deci, în optica instanţei, regula în materia exercitării unei competenţe este libertatea, orice limitare a exerciţiului acesteia trebuind să fie expresă. Or, de fapt, regula în materia exerciţiului competenţelor organelor statului este limitarea acestora, cel puţin cât timp statul este liberal. Dacă Parlamentul adoptă legi, nu înseamnă că poate face legile oricum: competenţa sa este limitată de competenţele celorlalte organe ale statului şi de drepturile şi libertăţile fundamentale ale persoanelor. Competenţa de reglementare este prezumată a fi limitată. Orice competenţă are o sferă de acţiune. Ea nu este niciodată o libertate. Aplicând analogia, C.C. face un abuz de interpretare. Competenţa Preşedintelui de a iniţia revizuirea nu este un drept al acestuia, pe care el îl exercită liber, ci o competenţă limitată de competenţele Guvernului.

Curtea susţine că textul constituţional nu instituie nicio obligaţie sau interdicţie în ceea ce îl priveşte pe Preşedinte. Or, textul face acest lucru. El dispune că Guvernul este cel care propune Preşedintelui revizuirea Constituţiei. În acest sens, Guvernul adoptă un proiect de lege de revizuire, pe care îl transmite Preşedintelui. Dacă ar fi să aplicăm raţionamentul Curţii, atunci, dacă Preşedintele modifică textul adoptat de Guvern, înseamnă că „dreptul" Guvernului de a propune un proiect de revizuire este lipsit de orice consistenţă: Preşedintele nu trebuie să aibă decât o adresă a Guvernului, putând să facă ce

vrea el. Or, Constituţia dispune că proiectul este *al Guvernului*. Dacă Preşedintele modifică textul, atunci care mai este rolul Guvernului? De fapt, nici Guvernul nu are un drept, ci tot o competenţă.

Dacă ar fi să aplicăm raţionamentul Curţii la alte instituţii, am ajunge la concluzii evident absurde. Astfel, art. 85(1)C dispune că „Preşedintele României (...) numeşte Guvernul pe baza votului de încredere acordat de Parlament". Deci, Preşedintele România ar putea să numească un alt Guvern decât cel care a primit votul de încredere al Parlamentului? În baza raţionamentului C.C., da, căci Preşedintele are „dreptul" să numească Guvernul. Dacă nu ar putea să modifice structura Guvernului prin actul de numire, acest drept ar fi pur formal. De asemenea, art. 125C dispune că „judecătorii (sunt) numiţi de Preşedintele României (...); propunerile de numire (a) judecătorilor sunt de competenţa Consiliului Superior al Magistraturii, în condiţiile legii sale organice". După raţionamentul Curţii, Preşedintele ar putea numi alţi judecători decât cei propuşi de C.S.M., căci altfel „dreptul" său de numire ar fi pur formal. Concluziile sunt evident absurde.

Premisele sunt deci stabilite greşit de către C.C. Constituţia normează de fapt o competenţă exercitată în comun de către Guvern şi Preşedinte. Ea nu poate fi exercitată decât dacă cele două organe se pun de acord asupra unui proiect de lege de revizuire. O altă înţelegere lipseşte una dintre competenţe de orice conţinut. Curtea face raţionamentul doar cu privire la unul dintre organe, când ar fi trebuit să se refere la ambele. Astfel, dacă Preşedintele nu este de acord cu formularea unora dintre textele aprobate de Guvern, atunci trebuie să supună unei noi aprobări a Guvernului propunerile sale. Numai dacă Guvernul le retrimite Preşedintelui, după ce le-a aprobat, acesta din urmă poate iniţia revizuirea.

Voinţa Constituantei a fost ca exercitarea competenţei de a iniţia revizuirea Constituţiei să nu aparţină nici Preşedintelui, nici Guvernului, ci celor două organe împreună, în aşa fel încât controlul reciproc al acestora să determine o analiză mai atentă a proiectului. Este vorba de o separaţie intra-funcţională a puterilor în interiorul executivului.

B. Derivarea concluziilor

C.C., pornind de la premisele analizate mai sus, stabileşte că iniţierea proiectului de lege de revizuire a Constituţiei este constituţională. Desigur, dacă premisele ar fi valide, concluzia ar putea fi logică. Voi ignora deocamdată faptul că premisele nu sunt valide, pentru a vedea ce tip de logică utilizează C.C. când face derivarea concluziei.

Curtea afirmă: „Or, acest drept i-a fost conferit (Preşedintelui României) de legiuitorul constituant tocmai în considerarea rolului şi a poziţiei pe care (el) o ocupă în cadrul sistemului politic al societăţii, care îi permite să cunoască evoluţia acesteia şi perspectivele sale de dezvoltare şi să valorifice aceste constatări, inclusiv pe calea iniţierii unui proces de modificare a Legii fundamentale a statului, atunci când, prin propunerea Guvernului în acest sens, *se realizează un acord al celor 2 reprezentanţi ai puterii executive* (s.n.) cu privire la iniţierea unui astfel de proces".

Curtea afirma ca premisă că Preşedintele poate modifica după cum vrea proiectul de revizuire înaintat lui de către Guvern. Apoi trage concluzia că s-a realizat „un acord al celor 2 reprezentanţi ai puterii executive". Cu privire la ce? Probabil, C.C. se gândeşte la necesitatea revizuirii, căci, în ceea ce priveşte conţinutul acesteia, tocmai afirmase că el poate fi stabilit liber de către Preşedinte, altfel „dreptul" acestuia ar fi lipsit de conţinut. Concluzia nu are nicio legătură cu afirmaţia care fusese stabilită ca premisă. De fapt, C.C. schimbă în concluzie premisa iniţială: acum premisa este că s-a realizat un consens al celor două organe asupra proiectului de lege de revizuire. Or, acest consens nu s-a realizat. Şi, potrivit raţionamentului Curţii, nici nu era necesar să se realizeze.

În concluzia Curţii mai este strecurată o altă premisă nouă, pe care ea nu o avusese în vedere în descrierea iniţială a situaţiei: cea potrivit căreia Preşedintele este astfel poziţionat încât el este cel mai în măsură să cunoască evoluţia societăţii şi perspectivele sale de dezvoltare. De unde este derivată această concluzie? Evident, de niciunde. De fapt, dacă ar fi necesară o astfel de analiză, atunci logic ar fi ca Guvernul, care are la dispoziţie un întreg aparat administrativ, să fie cel care poate evalua mai bine evoluţia societăţii. Dar acest tip de raţionament de ierarhizare valorică a rolului celor două organe nu este

necesar. C.C. introduce o consideraţie valorică ierarhizantă în concluzie, care cel mult ar fi putut fi o premisă, deşi Constituţia nu o autorizează să facă astfel de consideraţii ierarhice. Scopul este inducerea ideii că Preşedintele este superior Guvernului în materia stabilirii politicilor naţionale, ceea ce este contrar spiritului Constituţiei noastre.

Derivarea concluziilor este făcută, deci, pornind de la alte premise decât cele afirmate ca atare în raţionament, devenind ilogică.

C. Neconstituţionalitatea iniţierii revizuirii Constituţiei

Procedura prin care a fost iniţiată revizuirea Constituţiei este neconstituţională. C.C. nu vede acest lucru pentru că porneşte de la premise greşite şi derivă nevalid concluziile. Premisele de la care trebuia să plece sunt că iniţiativa de revizuire a Constituţiei este o competenţă, că această competenţă este exercitată împreună de către Guvern şi Preşedintele României şi că, în situaţia analizată, Preşedintele, modificând proiectul de lege de revizuire adoptat de Guvern, a exercitat singur competenţa, fără să supună aprobării Guvernului propunerile sale de modificare. Concluzia este că lipsa consensului între cele două organe, care sunt desemnate de Constituţie pentru a stabili împreună conţinutul proiectului legii de revizuire, face ca procedura iniţierii revizuirii să fie contrară textului art. 150(1) din Constituţie.

După părerea mea, Parlamentul nu trebuie să discute proiectul, indiferent de decizia C.C., care are ca singur efect trimiterea de către iniţiator a proiectului către Parlament împreună cu Decizia Curţii[2]. C.C. nu stabileşte competenţa Parlamentului, iar acesta poate decide că iniţiativa nu este conformă cu procedura constituţională, deci proiectul legii de revizuire nu poate fi primit. Este vorba de lipsa de validitate a procedurii de iniţiere, nu de neconstituţionalitatea intrinsecă a proiectului şi, în această privinţă, C.C. nu este

[2] Vezi D.C. Dănişor, Capcana unei decizii întemeiate – despre Decizia Curţii Constituţionale privind revizuirea Constituţiei, P.R. nr. 6/2011, p. 154-155.

singura competentă să aplice dispoziţiile art. 150(1)C[3].

[3] Pentru partajarea competenţelor în raport de distincţia validitate/conformitate, vezi D.C. Dănişor, Înţelegerea trunchiată a competenţei exclusive a Curţii Constituţionale în domeniul contenciosului constituţional (II). Partajul competenţelor de justiţie constituţională în raport de distingerea validităţii de conformitate, P.R. nr. 3/2011, p. 19-42.

Capitolul 4. Revizuirea şi bicamerismul

Domnii profesori Tudor Drăganu şi Antonie Iorgovan dezbăteau în 2003/2004, în paginile Revistei de Drept Public, problema bicamerismului în contextul Legii de revizuire a Constituției. Disputa lor devine astăzi chiar mai actuală decât în 2003 pentru că, la solicitarea Preşedintelui României, corpul electoral s-a pronunțat pentru unicamerism şi pentru reducerea numărului de parlamentari, iar Preşedintele României, cu sau fără propunerea Guvernului, a inițiat revizuirea. Studiul de față are ca obiectiv imediat să transpună argumentele celor doi profesori în noul context politic şi juridic şi să tragă unele concluzii despre motivele deciziei populare şi despre avantajele ori dezavantajele diverselor sisteme de organizare a Parlamentului. Scopul mediat al cercetării este de a vedea dacă necesitățile politice ale momentului ar trebui să prevaleze asupra exigențelor filosofice, cum admitea profesorul Iorgovan, „oricât de supărător ar părea din punctul de vedere al criteriilor carteziene" sau dacă nu cumva filosofia sistemului juridic trebuie să se impună în față oricăror considerații conjuncturale, cum credea profesorul Drăganu, chiar dacă era conştient că uneori „nici măcar evidența nu poate convinge atunci când interese de moment sunt în joc".

În 2003 – mai degrabă dintr-un impuls conjunctural decât dintr-o necesitate autentică - s-a purces la revizuirea Constituției din 1991. Rezultatele au fost uneori sub aşteptări, alteori peste. Utopia a fost uneori constituționalizată cu efecte practice pe care demagogii care au provocat-o nu le bănuiau[1], în timp ce unele reforme chibzuite cu grijă de specialişti au fost ignorate sau deformate până la mutilare. Una dintre aceste reforme a fost cea a bicamerismului.

Reacția teoriei nu s-a lăsat aşteptată. Astfel, în ultimul număr din 2003 al Revistei de Drept Public, profesorul Tudor critica în termeni tranşanți modalitatea de construire a noului sistem bicameral, considerând că el este uneori bazat pe un „criteriu rămas misterios"[2]. În numărul următor al Revistei, profesorul Antonie Iorgovan îi răspundea că bicamerismul rezultat din revizuirea Constituției se

---

[1] **Dan Claudiu Dănişor**, *L'utopie constitutionalisé*, în *Utopies, entre droit et politique*, Etudes en hommage à Claude Courvoisier, Éditions Universitaires de Dijon, 2005; **Dan Claudiu Dănişor**, *Despre posibilele consecinţe ale constituţionalizării tradiţiilor democratice le poporului roman şi idealurilor Revoluţiei din 1989*, Revista de drept public nr. 1/2007.

[2] **Tudor Drăganu**, *Câteva considerații critice asupra sistemului bicameral instituit de Legea de revizuire a Constituției adoptată de Camera Deputaților şi Senat*, Revista de drept public nr. 4/2003, p. 59.

datorează tensiunilor între „constantele ştiinţei dreptului constituţional" şi „necesităţile reale ale momentului politic"[3].

Tema a fost readusă cu acuitate în actualitate atunci când Preşedintele României a supus referendumului problema opţiunii pentru un sistem unicameral şi pentru un număr mai mic de parlamentari, iar corpul electoral s-a arătat favorabil acestor idei. Din păcate, cei doi iluştri doctrinari care se confruntau în 2003 nu mai sunt printre noi pentru a-şi relua disputa în noul context. Voi încerca eu să le transpun ideile în noua conjunctură, desigur fără a avea vreo pretenţie de arbitraj. Scopul este de a vedea dacă necesităţile politice ale momentului ar trebui să prevaleze asupra exigenţelor filosofice, cum admitea profesorul Iorgovan[4] sau dacă nu cumva filosofia sistemului juridic trebuie să se impună în faţă oricăror consideraţii conjuncturale, cum credea profesorul Drăganu[5].

Nu cred că este vreun secret pentru cititorii acestei cărţi că eu sunt reticent faţă de căderile prea dese ale organelor sistemului nostru constituţional şi politic în ceea ce numeam «capcana nefilosofării»[6], aşa că preferinţa pe care o voi arăta, în această problemă, pentru prevalenţa filosofiei asupra factualului şi deci pentru viziunea metodologică generală a profesorului Drăganu nu trebuie în niciun fel interpretată ca o desconsiderare a valorii contribuţiilor profesorului Iorgovan, mai ales că uneori cei doi teoreticieni schimbă rolurile faţă de tendinţa generală a dezbaterii. Mai degrabă trebuie înţeles că îi dau dreptate de multe ori profesorului Iorgovan când analiza se desfăşoară la nivelul lui «ceea ce este», dar cred că ea, dacă se vrea «juridică», ar trebui să poarte asupra celor ce «trebuie să fie», având în vedere că dreptul este normativ, că el are ca ţel nu descrierea realităţii, ci îndrumarea ei pentru a intra în canoanele dreptăţii. Poate părea utopie. Dar, cum zicea Richard Rotry, „nu ne putem dispensa de utopii. Cine ar mai putea lua politica în serios dacă nu ar avea speranţa de a face lucrurile mai bune pentru generaţiile viitoare, de a crea o lume mai bună pentru descendenţi? Nu trebuie niciodată să ne debarasăm de un vechi vis utopic dacă nu o facem pentru a-l înlocui

[3] **Antonie Iorgovan**, *Filosofia bicamerismului între exigenţe doctrinare şi nevoi politice reale*, Revista de drept public nr. 1/2004.
[4] Idem, p. 19.
[5] Op. cit., p. 66.
[6] **Dan Claudiu Dănişor**, *Curtea Constituţională a României în capcana nefilosofării*, Curierul judiciar nr. 8/2010.

cu unul nou şi mai bun. Chiar dacă este foarte dificil de imaginat realizarea unei utopii, este de neiertat să renunţăm la tentativa de a o crea”[7].

Primele teme lansate de profesorul Drăganu erau cea a reducerii numărului de parlamentari şi cea a punerii sub semnul întrebării a «raţiunii existenţei sistemului bicameral», deci a înlocuirii lui cu unul unicameral, având în vedere că sondajele de opinie arătau că aceste soluţii au avut „un puternic ecou în opinia publică”[8]. Transpusă în conjunctura actuală, această problemă devine mult mai acută decât o întrevedea domnia sa, căci acum avem un referendum validat în cadrul căruia corpul electoral s-a pronunţat atât pentru reducerea numărului reprezentanţilor, cât şi pentru unicamerism. Profesorul Iorgovan îi răspundea invocând tradiţia bicamerismului în România - Statutul desvoltător al Convenţiei de la Paris, Constituţia din 1866 şi cea din 1923 - şi blamând unicamerismul ca pe un sistem specific regimului comunist[9]. În optica sa, problema se pune în termenii polarizării istorice, dacă nu filosofice, a cuplurilor conceptuale democraţie/bicamerism şi totalitarism/unicamerism. Această optică, atunci poate mai puţin relevantă, căci părea a răspunde unei susţineri bazate pe ierarhia voinţelor cu una bazată pe sentimentul continuităţii instituţionale, devine acum foarte relevantă, dat fiind faptul că art. 1(3) din Constituţia României revizuită constituţionalizează tradiţiile democratice ale poporului român. Problema de fond este de a decide dacă voinţa poporului consemnată printr-un referendum (este adevărat, consultativ) prevalează asupra tradiţiilor democratice ale poporului român, care au acum valoare constituţională, sau invers. Apoi de a decide dacă bicamerismul intră în sfera noţiunii constituţionale de «tradiţii democratice ale poporului român».

Prima problemă se pune în termenii ierarhiei voinţelor. Întrebarea este deci, în acest context, dacă prin voinţa corpului electoral dintr-un moment se poate încălca tradiţia democratică instituită prin voinţa exprimată constant de generaţiile anterioare, în condiţiile actuale ale sistemului juridic românesc. Aceste condiţii sunt delimitate în primul rând de art. 1 care impune un anumit tip de stat, cel

[7] **Richard Rotry**, *Repenser la démocratie*, în *Démocratie*, sous la direction de R. Darnton et O. O. Duhamel, Edition du Rocher, 1998, p. 105.
[8] Op. cit., p. 55.
[9] Op. cit., p. 1-7.

democratic, stat care are anumite valori supreme „în spiritul tradiţiilor democratice ale poporului român" şi de art. 2 care arată că „suveranitatea naţională aparţine poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice şi corecte, precum şi prin referendum". Este evident că dacă voința corpului electoral dintr-un moment este contrară democrației ea este neconstituțională. Corpul electoral este, așa cum rezultă din art. 2 al Constituției, un *organ* prin care se exercită suveranitatea. Suveranitatea *se exercită* prin referendum. Și acest exercițiu este limitat. Constituția impune, de altfel, expres, unele limite în art. 152. Printre ele nu se află și caracterul democratic al statului, dar cred că această scăpare este scuzabilă, căci autoritatea constituantă a crezut că interdicția este atât de evidentă încât nu mai trebuie afirmată expres. Dar ea poate fi dedusă din spiritul general al reglementării. Este evident că democrația este în filosofia Constituției României prima și cea mai importantă garanție a drepturilor și libertăților persoanelor, iar art. 152 interzice revizuirea dacă are ca rezultat suprimarea unei astfel de garanții. Pe de altă parte, art. 152 interzice revizuirea pluralismului politic, care, în baza art. 8, este o condiție și o garanție a democrației constituționale. Or, dacă este interzisă revizuirea unei garanții, cu atât mai mult este interzisă revizuirea principiului garantat. Deci corpul electoral nu poate afecta prin deciziile sale caracterul democratic al statului român. Iar acest caracter trebuie interpretat „în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român". Deci voința constant exprimată *în sensul democrației* de generațiile anterioare prevalează asupra voinței corpului electoral dintr-un moment. Și îi revine Curții Constituționale rolul de a opera controlul respectării limitelor cuprinse în art. 152, interpretate în sensul tradițiilor democratice ale poporului român. Curtea a făcut de altfel aplicarea acestor tradiții încă înainte de revizuirea din 2003. Astfel, Curtea se sprijinea pe existența „unei lungi tradiţii democratice în ceea ce priveşte folosirea limbii materne în raporturile dintre cetăţenii aparţinând minorităţilor naţionale, cu o anumită pondere în ansamblul populației, și autoritățile publice locale"[10] pentru a demonstra constituționalitatea dispozițiilor legale contestate.

A doua problemă este dacă bicamerismul este o componentă a tradițiilor democratice ale poporului român în sensul art. 1(3)C. Domnul profesor Iorgovan credea că da. Aceasta rezultă clar din faptul că nu se rezumă să descrie o tradiție

[10] Decizia 112/2001, M. Of. nr. 280 din 30.05.2001.

instituțională consfințită de evoluția sistemului până la instaurarea statului comunist, ci leagă sistemul alternativ, cel unicameral, de totalitarismul acestui stat. Sigur că poate părea o exagerare; doar există multe sisteme democratice cu parlamente unicamerale. Dar ceea ce este important este că *în România* regimul democratic a fost întotdeauna însoțit de o structură bicamerală a Parlamentului. Constituția ne obligă la o interpretare istorică[11], iar aceasta nu are ca referent tradițiile democratice europene sau liberale, ci tradițiile democratice ale poporului român. Iar în istoria României bicamerismul și democrația sunt nedespărțite, chiar dacă în tradițiile altor sisteme constituționale nu se întâmplă un astfel de lucru. Se pare deci că am fi condamnați de istorie la bicamerism. Argumentele factuale ar fi deci prevalente, în baza Constituției înseși, față de cele de filozofie instituțională. Evoluția sistemului normativ la nivel constituțional pare să îi dea dreptate profesorului Iorgovan.

Totuși, ar trebui ca aceste argumente istorice să fie susținute și filosofic, dacă vrem să convingem cu adevărat pe cineva. Românii nu prea au gustul tradițiilor, mai ales în politică și drept. În 1991 nu ne-am sfiit deloc să declarăm forma republicană de guvernământ ca nerevizuibilă, deși tradiția ne arăta că ea a fost instaurată în România de către comuniști. Când trebuie să facem o reformă legislativă, ne aruncăm privirea mai degrabă peste frontiere decât în istoria juridică a propriului popor. În secolul XIX am copiat copios reglementări străine. Astăzi facem același lucru, deși copiem din mai multe surse, ceea ce nu este întotdeauna un plus.

Este deci, filosofic vorbind, mai bun sistemul bicameral decât cel unicameral? Cred că mai întâi de toate această opțiune depinde de modul înțelegerii democrației. Democrația este o societate a conflictului încadrat și limitat, o societate în care putem fi în dezacord cu privire la orice, atât timp cât ne acordăm asupra faptului că trebuie să rezolvăm pașnic conflictele dintre noi. Consensul în democrație nu poate purta decât asupra procedurilor, nu asupra conținutului deciziei. Democrația nu se teme deci de confruntare, ci o presupune ca pe un element structural de bază. În România acest lucru nu este prea clar. Dacă Președintele are o altă politică decât Primul Ministru aproape toți văd în această confruntare o disfuncționalitate a sistemului democratic. La fel dacă o Cameră a

[11] Vezi **Dan Claudiu Dănișor**, *Despre posibilele...*, op. cit..

Parlamentului s-ar opune celeilalte. De vină este nevoia de consens. Dezbinaţi prea multă vreme de comunişti, nu mai gustăm conflictul. Obişnuiţi ca organele statului să formeze o unitate de voinţă în jurul partidului comunist, ne-am dezobişnuit de confruntarea de idei între aceste instituţii. Unde ni se oferă deliberarea, noi părem să aşteptăm ordinul. Şi când acesta nu vine sau nu pare a fi eficient, din cauza confruntării de idei care ar putea să îl justifice în feluri diferite, ne pare că statul nu funcţionează corect. Un Parlament cu două Camere pare în această conjunctură psihologică o instituţie disfuncţională care complică deliberarea şi amână ordinul. Ar trebui să fim mulţumiţi că deliberarea este mai amplă, dar ne e frică de iniţiativa pe care ar trebui să o avem în lipsa unui ordin. Bicamerismul este justificat de înţelegerea democraţiei ca democraţie deliberativă, căci „aceasta îşi stabileşte ca scop să ajungă la decizii în urma unui proces raţional de dezbatere între subiecţi egali, care îşi expun unii altora ideile, respectându-se reciproc”[12].

Domnul Iorgovan sublinia cu admiraţie tradiţia noastră de a numi şi înţelege Senatul ca pe un corp *ponderator*. El subînţelegea că o deliberare matură presupune o structură care să împiedice impulsurile populiste sau conjuncturale. Întârzierea ordinului este compensată în acest tip de înţelegere a democraţiei de o mai mare atenţie acordată deliberării asupra conţinutului lui. Bicamerismul încurajează ponderarea, unicamerismul eficienţa. Sigur că nu există posibilitatea de a tranşa în abstract care este sistemul mai bun. Totuşi, în condiţiile mentalităţii dominante în România şi al unei tendinţe generalizate de inflaţie legislativă, cred că preferabilă este temperarea legiferării şi încurajarea unei democraţii reflexive, bazată pe diversificarea instituţională a nivelurilor de deliberare.

Mai apoi, opţiunea pentru unul dintre sistemele de organizare a Parlamentului depinde de modul conceperii finalităţii sistemului. Cei care susţin unicamerismul fac din eficienţa normării baza argumentării lor. Cei care susţin bicamerismul fac din temperarea normării o condiţie a protecţiei drepturilor şi libertăţilor persoanei. Eu cred că finalitatea unei democraţii liberale este garantarea drepturilor şi libertăţilor persoanei, nu eficienţa instituţiilor statului. De aceea cred că, mai ales într-o democraţie post-totalitară incipientă, cum este a noastră, este preferabil un sistem de organizare a Parlamentului care sacrifică eficienţa ordinelor

[12] **Michaël Walzer**, *Raison et Passion. Pour une critique du libéralisme*, Circé, Paris, 2003, p. 39.

date de stat pentru o mai bună apărare a drepturilor persoanelor. În România a devenit însă o modă să acuzi lipsa reglementării ori de câte ori ceva nu funcționează cum se cuvine în societate. Facem astfel din lege un fetiș și din eficiența normării o condiție a vieții bune. Legile nu sunt însă eficiente când sunt multe, ci când sunt bine aplicate. Așa că ponderarea normării și punerea unui accent mai mare pe actul de aplicare ar fi benefică. Una dintre condițiile statului de drept este ca legea să fie *rară*[13]. Și existența bicamerismului este destinată împlinirii acestui ideal. În sistemul juridic românesc statul de drept este *impus* de Constituție, ceea ce înseamnă că Legea fundamentală *impune* previzibilitatea normelor ca pe o componentă esențială a încrederii legitime a persoanelor în continuitatea acțiunii statale, ceea ce însemnă că sistemul trebuie astfel organizat încât să permită destinatarilor săi să prevadă în mod rezonabil schimbările normative. Art. 1(3)C nu este o declarație politică, ci o normă juridică, așa că eficiența normării nu poate prevala din punct de vedere juridic în fața cerinței stabilității sistemului normativ. Deci bicamerismul este, tocmai pentru că îngreunează modificarea normelor, superior unicamerismului, din unghiul de vedere al statului de drept.

Pe de altă parte, opțiunea de principiu între bicamerism și unicamerism depinde de modul înțelegerii separației puterilor în stat. În doctrina și jurisprudența românească există tendința de a reduce separația puterilor la cantonarea fiecărui organ sau sistem de organe în exercitarea uneia dintre cele trei funcții esențiale ale statului – legislativă, jurisdicțională și executivă – fără a putea să cumuleze aceste funcții. Se uită astfel că scopul principiului este nu frumoasa organizare a puterilor publice, ci garantarea libertății persoanelor prin limitarea reciprocă a puterilor. Iar această limitare este dată de mijloacele de control reciproc. În logica aceasta, nici un organ statal nu trebuie să scape oricărei forme de control. Acest lucru nu îl înțelege Curtea Constituțională când refuză să controleze anumite acte, cum ar fi decretele prin care Președintele declanșează referendumul, ori hotărârea unei Camere prin care se confirmă autorizarea urmăririi penale a unui parlamentar făcută într-un alt mandat sau când afirmă că este contrară separației puterilor în stat determinarea prin lege a problemelor de interes național care pot face obiectul referendumului. Această înțelegere simplistă a separației puterilor în stat face ca

[13] **Claude Courvoisier**, *Idealul legii rare*, Revista de drept public nr. 4/2003.

anumite forme de control al unei puteri asupra alteia să fie percepute ca nefireşti, ca afectând eficienţa sistemului. De fapt ele sunt garanţii ale libertăţii prin limitarea unei puteri de către o altă putere. Logica lui Montesquieu este din punctul acesta de vedere imbatabilă: cei care au puterea tind să abuzeze de ea; şi cum indivizii sunt de regulă incapabili să se opună eficient puterii, trebuie ca, prin amenajarea exerciţiului său, o putere să o oprească pe alta.

Un lucru şi mai greu de înţeles în peisajul românesc post-revoluţionar este că separaţia puterilor funcţionează nu doar între cele trei puteri, ci şi în interiorul fiecărei puteri. Separaţia este nu doar interfuncţională, ci şi intrafuncţională. De fapt, această separaţie intrafuncţională devine mai importantă uneori decât cea interfuncţională, căci aceasta din urmă este făcută ineficientă de cumulul funcţiilor de la nivelul elementelor societăţii civile care asigură impulsul politic ce determină modul funcţionării sistemului. De exemplu, pentru apărarea drepturilor persoanelor, separaţia care operează pe verticală, între puterile centrale şi autorităţile comunităţilor teritoriale, prin instituirea a ceea Constituţia noastră numeşte autonomie locală, devine mai importantă decât separaţia puterilor între Guvern şi Parlament. Aceasta întrucât, dacă în cazul primei forme de separaţie regula firească este cumulul de la nivelul partidelor politice al puterii guvernamentale şi al majorităţii parlamentare, în cazul separaţiei pe verticală este mai greu pentru partide să controleze în acelaşi timp puterea politică la nivel naţional şi în toate comunităţile locale. Separaţia între centru şi autorităţile comunităţilor teritoriale va fi reală, în timp ce separaţia între Guvern şi Parlament va fi, de regulă, o formă fără fond. În sistemul judiciar, dată fiind independenţa justiţiei, va fi în mod firesc importantă o separaţie intrafuncţională. De altfel, sistemul nostru o resimte din plin şi tot mai mulţi cer specializarea funcţională a instanţelor. De asemenea, justiţiabilii, dacă nu şi Curtea Constituţională, fac din dublul grad de jurisdicţie, deci din controlul hotărârilor în interiorul sistemului judiciar, un principiu constituţional; o dovedeşte fluxul constant de sesizări de neconstituţionalitate bazate pe nerespectarea acestui principiu, deşi Curtea Constituţională le respinge constant cu aceleaşi argumente. Separaţia intrafuncţională a puterilor pare deci o idee benefică mai bunei protecţii a persoanelor. Or, bicamerismul instituie o astfel de separaţie. Logica invocată de profesorul Iorgovan, cea a corpului ponderator, este relevantă în acest sens.

Cert este că nu doar în logica istorică, proprie analizei domnului profesor Iorgovan, ci și în logica de tip cartezian a dreptului public care stă la baza sistemului constituțional românesc, bicamerismul pare mai potrivit pentru protecția persoanelor. Important este însă că, deși necesitățile politice ale momentului trebuie luate în considerare, cum am făcut-o din plin în analiza de mai sus, ele nu trebuie să fie valorizate în asemenea măsură încât să modifice sau să afecteze finalitatea sistemului, care este, într-un stat de drept democratic, libertatea persoanelor. Domnul profesor Iorgovan argumentează constant că, deși este de acord că bicamerismul românesc nu respectă logica juridică, din punct de vedere politic aceasta a fost imposibil de impus. Adică, deși este bazat pe principii rămase misterioase, cum scria profesorul Drăganu, bicamerismul actual este bun deoarece n-am putut face altul. Alături de cel pe care domnul Iorgovan îl numea «Patriarhul» dreptului constituțional, eu nu pot admite o astfel de prevalență a politicianismului asupra principiilor dreptului. Nu pot să cred că nu există nicio posibilitate de a controla acest politicianism, în măsura în care Curtea Constituțională se pronunță asupra constituționalității revizuirilor. Știu bine că ea a interpretat acest lucru ca rezumându-se la controlul inițiativei de revizuire, refuzând să controleze și legea rezultată din votul Parlamentului înainte de referendum[14]. Dar cred că a interpretat greșit sfera propriei competențe și că fără un astfel de control între votul parlamentului și referendumul constituțional, perfect posibil în starea actuală a sistemului constituțional românesc prin modificarea Legii nr. 47/1992, limitarea puterii de revizuire va rămâne o frumoasă iluzie.

Sondajele din 2003 la care se referea profesorul Drăganu și rezultatele referendumului din 2009 arătau că electoratul vrea un număr mai redus de parlamentari. Întrebarea este «de ce?». Este de netăgăduit o anumită neîncredere în reprezentare, cultivată cu grijă la nivelul puterii executive și amplificată de o presă care nu prea înțelege rolul Parlamentului și mecanismele sale de funcționare. Totuși, rezultatul consultării referendare din 2009 este datorat, în opinia mea, în

[14] În 2003 CCR (de exemplu, Decizia 356/2003, M. Of. nr. 686 din 30.09.2003) a considerat că nu este competentă să controleze legea de revizuire în perioada dintre adoptarea de către Parlament și referendum, deoarece ea nu poate controla o lege care urmează să fie supusă aprobării poporului. Desigur, această soluție nu are nici o justificare juridică. Dacă poporul s-ar fi pronunțat deja, aș mai înțelege, dar să spui că nu poți controla legea pentru că poporul urmează să se pronunțe este un ilogism.

primul rând propagandei care susține că numărul mare de parlamentari duce la o cheltuire inutilă a banului public.

Realitatea este puțin diferită. Dezechilibrul cheltuielilor bugetare nu este datorat dimensiunilor Parlamentului şi cheltuielilor cu acesta. Dimpotrivă, executivul este cel care este responsabil de risipirea fondurilor publice, prin întreținerea unei administrații bombastice. Parlamentul nu este o instituție atât de costisitoare pe cât se spune. Eu cred că ineficiența sa, atât de trâmbițată, este cel mai adesea datorată lipsei unor servicii tehnice de suport al parlamentarilor, datorată fondurilor insuficiente alocate pentru reprezentanți. Deputații și senatorii sunt instituții, nu persoane. Lor ar trebui să li se ofere aparatul necesar unei funcționări adecvate. Și nu li se oferă. În schimb, se acreditează ideea că sunt inutili pentru că oricum nu înțeleg nimic din ce votează sau dorm în sală. Un parlamentar nu trebuie neapărat să fie expert în drept sau economie. El trebuie să fie sprijinit de o echipă de experți care să îl ajute să își transforme ideologia în norme și măsuri economice. Or, parlamentarilor noştri li se refuză plata unor astfel de echipe din banul public. Mai mult, li se impută faptul că ar câștiga prea mult față de munca depusă. Reducerea numărului parlamentarilor nu va rezolva nimic. Soluția este reconfigurarea instituției parlamentarului. Ni se spune de 20 de ani că de vină pentru lipsurile sistemului sunt oamenii pe care îi alegem. Dar, indiferent pe cine alegem, sistemul nu merge mai bine. Se vorbește despre schimbarea clasei politice, de parcă am putea să aducem o astfel de clasă de pe altă planetă. Concluzia evidentă este ignorată. Dacă, indiferent cine a fost parlamentar, această instituție nu a funcționat cum trebuie, atunci trebuie să reconfigurăm instituția, nu să căutăm la nesfârșit cavalerii călare pe cai albi și care, devenind noua clasă politică și noii parlamentari, o să ne salveze de moguli, oligarhi sau de sărăcie.

Altă temă lansată de profesorul Drăganu este cea a necesității diferențierii modului de compunere a celor două Camere și a specializării lor funcționale[15]. Profesorul Iorgovan admite că diferența este necesară, dar argumentează că, deși experții cooptați în procesul de elaborare și revizuire a Constituției au propus constant diverse soluții de diferențiere, acestea nu au putut întruni majoritatea politică necesară[16].

[15] Op. cit. p. 56.
[16] Op. cit., p. 7-12.

Profesorului Drăganu i se părea că „sistemul bicameral consacrat de Constituție în 1991 nu este prin nimic justificat din moment ce el a dus la consecința că cele două Camere ale Parlamentului au dobândit, din punctul de vedere al componenței lor politice, o configurație identică, iar din punctul de vedere al competenței, ambele exercită, cu neînsemnate deosebiri, aceleași atribuții. S-a ajuns ca, în practică, desfășurarea lucrărilor Senatului să apară ca o repetare inutilă a lucrărilor Camerei Deputaților și o dedublare nejustificată a cheltuielilor legate de activitatea legislativă”[17]. Iar Legea de revizuire din 2003 „este departe de a-și fi însușit propunerea ca celor două Camere să li se asigure, prin modul diferit de desemnare a membrilor săi, o componență politică diferită”[18]. Pe de altă parte, domnia sa considera că „în rândurile deputaților și senatorilor care au votat Legea de revizuire a existat o tendință foarte bine conturată de a păstra, ca pe o moștenire venită din trecut, sistemul bicameral, dar că la acceptarea acestei moșteniri Camera și Senatul au încercat să împartă, pe cât posibil, în cote egale bunurile rămase”. Și, într-adevăr, Camerele sunt alese în același moment, potrivit aceluiași tip de scrutin, reflectând același tip de reprezentare, iar împărțirea competențelor pare un partaj, dar, aș zice eu, mai degrabă între doi membri ai unui cuplu care se despart, decât o împărțire a rolurilor într-o uniune funcțională. Te întrebi, pe bună dreptate, iar Președintele a întrebat cu succes electoratul anul trecut, «de ce două Camere?».

Domnul profesor Iorgovan face inventarul propunerilor pe care experții, printre care s-a numărat și domnia sa, deși avea nu doar această calitate, ci și pe cea de parlamentar, le-au înaintat în timp decidenților politici în vederea diferențierii celor două Camere în ceea ce privește compunerea lor. Mai întâi alegerea Senatului prin vot indirect, de către consilierii locali[19]. Sistemul este utilizat, într-o formă asemănătoare, în Franța. Este o ilustrare a faptului că garantarea eficientă a libertăților și drepturilor persoanelor este întărită mai degrabă prin acordarea unei reale autonomii locale, care presupune, ca orice libertate-autonomie, în sistemele democratice, o libertate-participare care o garantează. Separația intrafuncțională, pe care o elogiam mai sus, capătă un sens dublu: pe orizontală, între Camere și pe

[17] Op. cit., p. 55.
[18] Idem, p. 56.
[19] Teza nr. 4 din Capitolul I al Titlului III: „Senatul se compune din senatori, desemnați prin sufragiu indirect de către Consiliile colectivităților locale”.

verticală, între centru şi comunităţile teritoriale, concurând la afirmarea autonomiei locale şi la apărarea libertăţii persoanelor prin apropierea guvernanţilor de guvernaţi şi prin luarea în considerare, datorită reprezentării directe a comunităţilor locale la nivelul legislativului, a specificului economic, cultural, social sau chiar juridic al acestora.

Poate este adevărat că anumite particularităţi conjuncturale ale momentului politic în care s-a încercat introducerea sistemului nu au facilitat această soluţie, dar motivul invocat de domnul profesor Iorgovan în 2004 nu rezistă, căci nimic nu împiedica, cum susţinea domnia sa[20], organizarea unor alegeri locale de către autorităţile provizorii din timpul Revoluţiei, odată ce acestea au putut organiza alegeri parlamentare şi prezidenţiale.

De fapt, această «frică» de comunităţile locale este datorată faptului că orice problemă care priveşte structura verticală a statului român în termenii autonomiei locale sau ai regionalizării – nu mai vorbesc de federalism, căci despre el nu poţi vorbi în România decât dacă vrei să te sinucizi politic – este transformată la noi, datorită prezenţei concentrate a minorităţii maghiare într-o parte a teritoriului, dintr-o problemă politică, care are ca centru mai buna garantare a libertăţilor, într-o problemă etnică, bazată pe reacţia sentimentală a celor două comunităţi, cărora li se predă viitorul în termenii continuării trecutului istoric conflictual. Construirea identităţii grupurilor etnice maghiar şi român prin raportare unul la altul are ca element central coeziunea teritorială, deşi problema teritoriului ar trebui să se pună în cu totul alţi termeni, mai ales după intrarea ambelor state în Uniunea Europeană.

Pornind de la această înţelegere trunchiată a raporturilor dintre centru şi periferie şi a priorităţii acordate în mod necondiţionat puterii centrale, sistemul alegerii Senatului de către reprezentanţii aleşi ai comunităţilor locale pare să fie compromis. Totuşi, nu este nevoie decât de o schimbare elementară de optică pentru ca el să redevină atractiv. Trebuie doar să înţelegem – şi să ne forţăm puţin în direcţia educării cetăţenilor – că autonomia locală profită tuturor, nu doar maghiarilor şi că teritoriul care este sursa conflictului poate fi oricum utilizat liber de orice cetăţean al Uniunii Europene, care îşi poate stabili liber domiciliul acolo şi care se bucură chiar de drepturile politice la nivel local în funcţie de acesta, şi nu de

[20] Op. cit., p. 9.

cetățenia statului membru. În aceste condiții este greu de înțeles de ce ne-am mai centra coeziunea internă și raporturile cu un alt grup etnic pe teritoriu. Nu este cazul să decidem că este preferabil unicamerismul doar pentru că nu am putut impune un bicamerism real. Mai întâi trebuie să corectăm cauzele disfuncționalității unui sistem și doar în măsura în care acest lucru este imposibil să optăm pentru un alt sistem. Trebuie înțeles că înlocuirea sistemului cu un altul, teoretic mai performant, nu rezolvă nimic dacă impulsul dat sistemului este același.

În 2003, cu ocazia discutării Legii de revizuire, a fost lansată o altă variantă de diferențiere a Camerelor, deoarece, cum afirma profesorul Drăganu, unicamerismul nu intra în joc „căci era puțin probabil ca Senatul (…) să-și dea acordul la propria desființare": utilizarea scrutinului uninominal pentru Senat sau a unui scrutin mixt, după modelul german. Nici acest sistem nu s-a impus atunci, dar ulterior un sistem mixt original a fost impus prin modificarea legii electorale. Ideea scrutinului uninominal fusese introdusă, ca primă variantă alternativă la sufragiul indirect, și în Tezele proiectului de Constituție din 1991[21].

Este însă sistemul de scrutin uninominal o soluție reală pentru diferențierea celor două Camere în ceea ce privește componența? Și, ca o problemă de principiu anterioară răspunsului la această întrebare, ce idee este, în optica celor care propun acest scrutin în România, fundamentul ideologic al opțiunii pentru acest sistem?

Dezbaterea anterioară referendumului prin care Președintele României a consultat electoratul cu privire la acest sistem a avut ca idee centrală atenuarea influenței partidelor politice asupra candidaturilor și apoi asupra reprezentanților. Partidele politice erau acuzate de tendințe oligarhice, iar influența lor politică era considerată indezirabilă. Dacă analizăm aceste argumente vom vedea însă că nicio democrație contemporană nu funcționează fără partide politice, că tendințele oligarhice erau semnalate încă de la începutul secolului XX și totuși nici un teoretician serios nu a negat utilitatea lor pentru democrație și nimeni nu a reușit nici măcar să conceapă și cu atât mai puțin să pună în practică o democrație fără partide. La noi se tot vehiculează ideea excluderii influenței politice asupra statului. Eu mă întreb: dacă statul nu primește impuls politic, atunci cum ar putea funcționa? Partidele politice sunt cele care asigură acest impuls, contribuind la definirea și

[21] *Geneza Constituției României, 1991. Lucrările Adunării Constituante*, Regia Autonomă Monitorul Oficial, 1998, p. 447.

exprimarea voinței politice a cetățenilor, ca să reluăm terminologia art. 8 din Constituția României, care, în treacăt fie spus, este normă juridică obligatorie, nu o declarație de iubire pentru partidele politice. Ideea care stă la baza justificării conjuncturale a opțiunii pentru scrutinul uninominal este așadar profund antidemocratică.

Dar, chiar admițând că ar fi necesară o atenuare a influenței partidelor politice asupra candidaturilor și reprezentanților, este de remarcat că scrutinul uninominal nu produce acest efect. În sistemul american sau britanic, unde scrutinul uninominal funcționează de atâta vreme, nu se înregistrează nicio slăbire a influenței partidelor asupra candidaturilor. Dimpotrivă, despre sistemul britanic s-a putut afirma că produce un alt efect, pe care Monica Charlot îl descria în următorii termeni: „Cel mai dificil, în definitiv, pentru aspirantul-deputat, este să obțină învestitura conservatoare sau laburistă. În cursa electorală în Marea Britanie proba de calificare este altminteri mai dură decât finala”[22]. Pe de altă parte, candidații independenți care reușesc să câștige alegerile în acest sistem sunt extremi de rari, pentru că și într-un astfel de sistem „alegătorul când votează se interesează mai mult de eticheta politică decât de personalitatea candidatului”[23]. Partidele nu își pierd deci influența asupra candidaturilor datorită introducerii unui sistem uninominal, iar experiența scrutinului mixt utilizat la noi pentru ultimele alegeri parlamentare o demonstrează din plin.

În aceste condiții, răspunsul la prima întrebare este clar: utilizarea sistemului uninominal pentru alegerea uneia dintre Camere nu va duce la diferențierea reală a celor două Camere în ce privește modul compunerii lor.

Cei ce vor acest scrutin subînțeleg că în cea de a doua Cameră este necesară *o altfel de reprezentare*. Care ar fi acel tip alternativ nu ne arată. În cazul Senatului ales indirect de reprezentanții comunităților locale acest tip de reprezentare diferit este asigurat de faptul că votul în alegerile locale este mai puțin politic, că oamenii cunosc candidații mai bine și deci votează mai puțin în considerarea «etichetei politice» și mai mult în considerarea calităților de administrator dovedite de candidat. Și este clar că în România unii primari, nu puțini la număr, au câștigat alegerile indiferent de partidul la care au migrat. În cazul scrutinului uninominal la

[22]**Monica Charlot**, *Le système britannique*, A. Colin, Paris, 1976.

[23] Idem.

nivelul alegerilor naționale acest efect de personalizare a votului nu este relevant. Pe de altă parte, adiționarea influenței partidelor politice din alegerile locale poate da un alt rezultat decât influența lor directă în alegerile naționale.

Pentru a obține diferențierea celor două Camere prin obținerea unui alt tip de reprezentare decât cea politică, atât de blamată în ultima vreme, trebuie să ne uităm în propria istorie electorală. Desigur, acest lucru nu a trecut prin mintea multora. Cel puțin eu nu am auzit nicio vorbă despre modul de compunere a celei de a doua Camere în sistemul electoral românesc reglementat de Legea electorală din 27 martie 1926. Şi totuşi eram în perioada pe care o considerăm «de aur» pentru democrația românească antebelică. A doua Cameră reprezenta, pe lângă interesele locale, printr-o parte importantă a senatorilor, interese non-politice. Ea era destinată să reprezinte *şi* interesele economice, profesionale şi culturale. Acest sistem pornea de la ideea că omul nu este o unitate, cum este tentată politica să creadă. El este divers în el însuşi. Acelaşi individ poate avea interese contrare în calităţile deosebite pe care le are în societate. Astfel, el poate fi în acelaşi timp salariat şi proprietar al unui capital investit. El are în aceste două calităţi interese oarecum contradictorii. Ca angajat, are interesul ca salariul să crească; ca proprietar, să scadă. Ar trebui ca modul construirii Parlamentului să dea seama de această diversitate a intereselor şi să nu opereze o reducție politică a lor. Pe de altă parte, reprezentarea directă a intereselor economice la nivelul uneia dintre Camerele Parlamentului ponderează legislativul în activitatea de intervenție a statului în economie, garantând mai bine economia de piață, declarată principiu constituțional în Constituția din 1991. Corpul acesta mai aplecat către economie, problemele sociale ale muncii, agriculturii sau educației este cu adevărat *ponderator*, cum îi plăcea în mod evident domnului Iorgovan să îl numească, în buna tradiție a operei constituționale a regimului Cuza. Ar fi, așa cum și-a dorit generalul Charles de Gaulle în Franţa anului 1969, o unificare a Consiliului Economic şi Social cu Senatul. Preşedintele francez a ratat referendumul din 19 aprilie, dar cred că mai mult din cauza faptului că sistemul fusese utilizat de fasciștii italieni ca o metodă de mascare a punerii la punct a organizaţiilor sindicale decât din cauza faptului că francezii îl respingeau în principiu.

Sistemul legii electorale române din 1926 combina reprezentarea comunităţilor locale cu reprezentarea intereselor economice, sociale şi culturale. Astfel, o parte dintre senatori era aleasă prin vot universal direct. O altă parte era

aleasă prin vot indirect de un colegiu electoral format din membri aleşi ai consiliilor comunale urbane şi rurale şi ai consiliilor judeţene, câte unul pentru fiecare judeţ. O parte importantă însă, câte unul de fiecare circumscripţie electorală, era aleasă de membrii Camerelor de comerţ şi industrie, ai Camerelor agricole şi ai Camerelor de muncă. Votau membrii aleşi şi numiţi ai Consiliilor de administraţie ale societăţilor comerciale şi regiilor autonome înscrise la respectiva Cameră. Fiecare colegiu se întrunea separat şi alegea un senator pentru fiecare circumscripţie. În fine, o altă parte dintre senatori era aleasă de universităţi, fiecare universitate câte unul, corpul electoral fiind format din profesorii respectivei universităţi.

O altă idee dragă profesorului Drăganu prezentă în studiul său din 2003 era cea a diferenței funcționale dintre două Camere. Era clar pentru domnia sa că sistemul introdus prin revizuire era bazat pe un partaj de competențe de «neînțeles», fundamentat pe un «criteriu misterios». Acest bicamerism este în mod evident puțin funcțional și distruge încrederea în sistem. Dovadă stă rezultatul referendumului din 2009, când o proporție covârșitoare din electorat a votat pentru suprimarea lui. De altfel, chiar Curtea Constituțională atrăgea atenția asupra caracterului disfuncțional al sistemului introdus prin proiectul de revizuire, căci ea afirma că „examinarea în cascadă a proiectelor de lege, într-o Cameră, în primă lectură, iar în cealaltă, în a doua lectură, transformă Parlamentul bicameral într-unul unicameral”[24]. Această Decizie a Curții nu a avut nici un efect, căci se pare că instanța constituțională română nu își reprezintă prea clar care ar trebui să fie efectul deciziei prin care controlează constituționalitatea inițiativelor de revizuire a Constituției și nici care ar trebui să fie modul de control al respectării ei de către autoritatea constituantă derivată. Profesorul Ion Deleanu atrăgea și el atenția asupra carențelor acestui tip de bicamerism, dar se pare că nici doctrina nu prea are șanse să atragă atenția asupra ilogismelor juridice introduse prin revizuirea intempestivă a Constituției în 2003, operă care pare să reînceapă astăzi.

Profesorul Iorgovan credea, deși analiza și el oarecum critic sistemul, că „există garanții pentru creșterea eficacității procesului decizional legislativ”[25]. Eu nu cred. Și cred că rezultatul referendumului, care atestă că electoratul s-a dezis de

[24] Decizia nr. 148 din 16.04.2003, M. Of. nr. 317 din 12.05.2003.
[25] Op. cit., p. 20.

sistemul bicameral, îmi dă dreptate. Profesorul Drăganu era îndreptățit să pună sub semnul întrebării bicamerismul instituit prin revizuire: dacă sistemul funcționează de fapt ca unul unicameral cu două Camere, atunci e clar că una trebuie suprimată. Electoratul a optat pentru această suprimare. Desigur că referendumul este consultativ, dar a decide contra voinței exprimate a poporului în lipsa unei argumentații solide care să îl convingă să își schimbe părerea și a unei reforme reale a bicamerismului reprezintă un risc pe care nu cred că partidele și-l vor asuma. Drumul este lung pentru a ajunge să facem electoratul să înțeleagă că, așa cum susținea profesorul Iorgovan, „existența a două Camere a însemnat și înseamnă un plus de garanție în ceea ce privește funcționarea mecanismului statal, în baza principiului separației puterilor. O singură Cameră, istoria o dovedește, este supusă mai ușor influențelor executivului sau a diferitelor grupuri de presiune din afara Parlamentului”[26]. Poate că în 2003 profesorul Drăganu putea părea «alarmist»[27], dar s-a dovedit că era cât se poate de îndreptățit să critice vehement sistemul.

O astfel de critică întemeiată lansată de domnia sa era cea cu privire la dispoziția din Legea de revizuire care transfera în materia legiferării regula din dreptul privat *qui tacet, cum locui potiut et debuit, consentire videtur* (cel ce a tăcut, deși a putut și a trebuit să vorbească, este considerat că a consimțit)[28]. Potrivit Constituției revizuite: „Prima Cameră sesizată se pronunţă în termen de 45 de zile. Pentru coduri şi alte legi de complexitate deosebită termenul este de 60 de zile. În cazul depăşirii acestor termene se consideră că proiectele de legi sau propunerile legislative au fost adoptate”[29].

Profesorul Iorgovan, deși se străduia să găsească argumente, mai ales prin invocarea unor sisteme străine, nu avea cum să reușească, căci această transpunere este pur și simplu stupefiantă. Rezultatul analizei comparative este chiar contrar eforturilor, căci în Constituția Japoniei, cum ne spune chiar profesorul Iorgovan, Camera Consilierilor trebuie să se pronunțe în 60 de zile asupra legii și dacă nu o

[26] Op. cit., p. 18.
[27] Idem, p. 15-16.
[28] **Tudor Drăganu**, op. cit., p. 60-61.
[29] Art. 72 alin. (2).

face în termen se consideră că proiectul a fost *respins*[30]. Asta dovedește, desigur, că japonezii nu sunt animați de spiritul balcanic de schimbare pentru schimbare.

Principiul este că un organ prin care se exercită suveranitatea trebuie să își manifeste expres voința. Legile au rolul să constrângă. Unii le-au numit un atentat la libertate. Or, restrângerea libertății nu se prezumă. Regula generală a democrației liberale este că tot ceea ce nu este expres interzis este permis. Pornind de aici, trebuie să dăm dreptate japonezilor: când o Cameră tace cu privire la o lege, aceasta trebuie considerată ca fiind respinsă. Soluția contrară este profund nedemocratică. Și, în această optică, profesorul Drăganu avea dreptate să susțină că lipsa dezbaterilor în prima Cameră sesizată lipsește opoziția de un mijloc de exprimare. Or, opoziția este un organ al guvernământului și, cum se exprima domnia sa, „înăbușirea glasului ei este în discordanță cu însăși rațiunea de a fi a parlamentelor”[31].

De data aceasta, filosofia sistemului și exigențele dreptului parlamentar au fost nu elegant evitate, ci pur și simplu răsturnate de transpunerea unui adagiu de drept privat roman în Constituție. Dacă altădată vorbeam de capcana nefilosofării, de data aceasta putem vorbi de prăpastia ilogismului.

Profesorul Drăganu mai atrăgea atenția asupra unui fapt, care poate părea un detaliu tehnic, dar nu este: cine constată că prima Cameră sesizată nu s-a pronunțat în termen?[32] O asemenea răsturnare a regulilor tipice dreptului public, în care regula era că tăcerea unui organ este echivalentă respingerii solicitării, ar fi meritat cel puțin o prevedere expresă care să arate cine este abilitat să constate tăcerea.

Un alt aspect, ce poate părea de asemenea un detaliu tehnic, poate fi determinant în anumite circumstanțe: trimiterea unor pachete masive de proiecte de legi foarte importante și complexe în ajunul vacanței parlamentare sau spre sfârșitul sesiunilor[33] pentru a obține aprobarea tacită în prima Cameră sesizată. Iar politica autohtonă dovedește că acest sistem este practicat.

Desigur că aceste considerații privind bicamerismul rezultat din Legea de revizuire din 2003, care urmează în mare disputa dintre Tudor Drăganu și Antonie

[30] Art. 59 alin. 4, **Antonie Iorgovan**, op. cit., p. 26.
[31] Op. cit., p. 61.
[32] Ibidem.
[33] **Tudor Drăganu**, op. cit., p. 61.

Iorgovan, nu epuizează problema. Ceea ce ne interesa era un studiu de caz care să ne permită o concluzie asupra prevalenței filosofiei politico-juridice sau a necesităților politice ale momentului. Un lucru cred că rezultă clar din cele de mai sus: coerența structurală a instituțiilor publice nu poate rezulta decât din fundamentarea lor pe principii clare de filozofie politico-juridică. Din punctul meu de vedere, este evident că nu putem impune întotdeauna soluții valide din punct de vedere filosofic, dar că cel puțin un minim de reguli procedurale, care să încerce să garanteze filosofia de bază a sistemului politic și juridic, trebuie impus, indiferent de conjunctură.

O primă regulă, care rezultă din studiul de caz anterior, este că *o problemă structurală nu poate fi rezolvată decât printr-un răspuns structural.* O a doua regulă este că *problemele dintr-o sferă de acțiune nu pot fi tratate cu soluții dintr-o altă sferă*[34]. De exemplu, nu putem tratata o problemă juridică sprijinindu-ne pe motivări și soluții economice, sau una economică cu măsuri strict juridice. O a treia, că *răspunsul structural trebuie să vizeze întotdeauna cauzele disfuncției și nu efectele ei*. În fine, o altă regulă de metodă este că *rezolvarea unei probleme sistemice nu trebuie să se bazeze pe așteptarea unor calități excepționale ale oamenilor care exercită funcțiile sistemului.* Cu alte cuvinte, *funcția determină titularul și nu titularul determină funcția*.

Eu cred – și sunt astfel în consens cu metodologia generală promovată de profesorul Drăganu – că nici o necesitate politică a momentului nu trebuie să afecteze aceste reguli metodologico-procedurale de bază. Dacă ne acordăm cel puțin asupra acestui minim, atunci problemele politice, juridice și sociale pot fi tratate cu seriozitate. Altfel rezolvarea lor riscă să derapeze continuu către o abordare subiectivă, dependentă de o cerință imposibil de realizat: găsirea oamenilor perfecți care să ocupe funcțiile publice. În lipsa prevalenței procedurilor, ar trebui, cum spunea Rousseau, un popor de zei care să dea legi oamenilor.

[34] Vezi pentru tratarea separării sferelor justiție ca baza a societății liberal-democratice vezi **Michaël Walzer**, *Sphères de justice, Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Seuil, Paris, 1997.

Capitolul 5. Reorganizarea administrativă a României – o diversiune reuşită

Preşedintele României a lansat procedura de revizuire a Constituţiei. Proiectul legii de revizuire nu cuprinde nimic despre reorganizarea administrativă a României, deşi pentru o reală reformă în domeniu ar trebui revizuit art. 3, dacă această reorganizare ar implica regionalizarea, şi, oricum, mai multe dispoziţii din secţiunea privitoare la administraţia publică locală. Câteva zile mai târziu, Preşedintele lansează ideea regionalizării României. Apoi au început să apară tot felul de aberaţii, cum ar fi voievodatele ca unitate administrativă şi altele asemenea, pentru ca în final să se vorbească de judeţe mai mari.

Or, dacă Preşedintele chiar vrea regionalizare, atunci de ce nu a propus modificarea art. 3 din Constituţie? Sau dacă vrea reforma administrativă în cadrul descentralizării şi autonomiei locale de ce nu a propus revizuirea dispoziţiilor constituţionale care le privesc. Oricum, iniţiase procedura de revizuire şi, spre deosebire de alte propuneri din proiect despre care ştia că nu vor trece de analiza de constituţionalitate a Curţii Constituţionale, acestea nu ar fi avut nicio problemă, atât timp cât nu afectau caracterul unitar al statului, ceea ce, fără o schimbare radicală a sferei de competenţă a comunităţilor locale, nu era cazul.

Imediat, media şi partidele politice au început să facă hărţi şi să discute despre cum vor arăta viitoarele regiuni sau judeţe mărite. Revizuirea Constituţiei a rămas în plan secund, aproape nimeni nemaivorbind de ea, deşi trecuseră ani buni de dezbateri sterile pe ipoteze neverificate, iar acum aveam un proiect concret.

Pe de altă parte, discuţia privind reorganizarea administrativă s-a transformat rapid în una cu privire la soarta teritoriilor unde maghiarii sunt majoritari. Ca de fiecare dată când se discută problema autonomiei administrative a comunităţilor teritoriale, problema a devenit etnică. Iar problema centrală a unei reale reorganizări administrative, cea a raporturilor comunităţilor locale cu puterea centrală, a partajului de competenţe pe verticală şi a mijloacelor de control al respectării acestei devoluţiuni verticale a puterii, nu a mai fost pusă.

Să nu fi fost Preşedintele conştient de această evoluţie a problemei? Eu cred că de fapt a fost o diversiune reuşită. Problemele reale ridicate de proiectul legii de revizuire şi de centralismul excesiv al statului român, care afectează

drepturile tuturor comunităţilor locale, nu doar ale maghiarilor, şi, în acest fel, drepturile cetăţenilor indiferent de etnia lor, au fost mascate de reacţia naţionalistă previzibilă a media şi a partidelor. Decuplarea reorganizării administrative de revizuirea Constituţiei a fost o strategie reuşită. Inclusiv din punct de vedere electoral, căci reorganizarea doar orizontală, prin reconfigurarea unei hărţi, va tine seama cu siguranţă de culoarea dominantă în viitoarele judeţe, mai mari.

Dacă eliminăm problema etnică din analiză, atunci vom avea însă o analiză obiectivă a mizei reale a reorganizării administrative. Problema trebuie centrată cel puţin pe definirea constituţională a autonomiei locale, eventual pe regionalizare ca modalitate calitativ superioară descentralizării administrative într-un stat care rămâne unitar şi pe regulatorul partajului de competenţe între puterea centrală şi autorităţile comunităţilor teritoriale, totul subsumat nu frumoasei organizări administrative a statului, ci garantării mai adecvate a drepturilor şi libertăţilor fundamentale ale persoanelor.

Secţiunea1. Definirea constituţională a autonomiei locale într-un stat unitar descentralizat

Actuala Constituţie a României este seacă în privinţa autonomiei locale. Ea se rezumă la a dispune că „administraţia publică din unităţile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale şi deconcentrării serviciilor publice". Ce garanţii constituţionale presupune această autonomie locală nu rezultă de nicăieri. Art. 121 din Constituţie se rezumă la afirmarea caracterului electiv al autorităţilor administraţiei publice prin care se realizează autonomia locală şi la reafirmarea autonomiei, fără să o definească în vreun fel.

Alegerea autorităţilor comunităţilor teritoriale este un element important al autonomiei locale, dar în mod cert nu este suficientă pentru configurarea acesteia. Procedeele de configurare a autonomiei locale depind de opţiunea pentru descentralizare sau regionalizare ca modalităţi de organizare a statului unitar. Statul nostru este definit constituţional ca unul bazat pe descentralizare, aşa că o eventuală regionalizare presupune o revizuire decisivă a Constituţiei.

Pentru moment, voi analiza principiile descentralizării şi voi arăta care ar trebui să fie modificările constituţionale care să facă reală autonomia locală, pentru ca analiza regionalizării să o las pentru un studiu distinct, căci ea presupune schimbarea radicală a competenţelor unităţilor teritoriale, ceea ce nu cred că are în vedere cu adevărat cineva în acest moment.

Diferenţa între statul unitar care este doar deconcentrat şi statul unitar descentralizat nu este una de grad, ci una de natură. Descentralizarea, spre deosebire de deconcentrare, nu are ca scop doar decongestionarea centrului de comandă şi, prin acesta, mai buna coordonare a deciziei administrative, ci este o formă de autoadministrare. Ea presupune o veritabilă democraţie locală; este o tehnică de eliberare.

Este vorba de o transmitere către comunităţile teritoriale a unor atribuţii administrative, dar, spre deosebire de deconcentrare, către organe alese de către aceste comunităţi locale şi care funcţionează autonom, până la un anumit punct, în materie administrativă, faţă de autorităţile centrale. Comunităţile locale nu mai sunt de data aceasta doar cadre ale exerciţiului puterii centrale, ci au personalitate juridică proprie, administrând afacerile locale prin organe alese pe baze politice. Natura sa este deci politică şi nu doar tehnică, colectivităţile teritoriale putând fi considerate ca adevărate contra-puteri[1]. Totuşi, autonomia acestor colectivităţi locale este doar administrativă, neputând atinge gradul autonomiei legislative sau, mai mult, constituţionale. Aceasta înseamnă că aceste colectivităţi sunt organizate de stat, nu se autoorganizează, şi că actele lor autonome sunt întotdeauna subsecvente legii, bazându-şi validitatea şi deci obligativitatea pe aceasta.

Descentralizarea poate fi şi funcţională. Această formă presupune recunoaşterea autonomiei unor servicii publice, permiţând participarea administraţilor la gestiunea lor[2]. În acest sens, serviciile deconcentrate ale ministerelor şi celorlalte autorităţi ale administraţiei publice centrale de specialitate trebuie să fie coordonate la nivel naţional, dar trebuie adaptate cerinţelor fiecărei comunităţi locale în parte. Metoda cea mai eficientă este

[1] *P. Pactet*, Droit constitutionnel et institutions politiques, Armand Colin, Paris, 2001, p. 48.
[2] *B. Chantebout*, Droit constitutionnel, Armand Colin, Paris, 2001, p. 57.

plasarea acestora sub conducerea unui organ al administraţiei locale, care este supravegheat în ceea ce priveşte legalitatea actelor de către administraţia centrală.

Descentralizarea presupune reunirea anumitor condiţii şi respectarea anumitor limite. Condiţiile ce trebuie reunite privesc, mai întâi, existenţa comunităţilor locale, dotate cu personalitate juridică şi cu putere de administrare autonomă, apoi, instituirea unor garanţii instituţionale ale autonomiei locale şi, în fine, instituirea mijloacelor autonome de acţiune în materie administrativă, atât din punct de vedere juridic, cât şi financiar. Limitele descentralizării, şi deci ale autonomiei locale, presupun apărarea caracterului unitar al statului.

Secţiunea 2. Instituirea autonomiei locale

Principiul autonomiei locale este în statele unitare descentralizate un principiu cu valoare constituţională, ceea ce însemnă că legiuitorul nu îi poate aduce atingere. Legea poate determina conţinutul autonomiei locale, dar nu poate afecta existenţa principiului sau consecinţele juridice inerente acestuia. Pe de altă parte, niciun alt act normativ nu poate determina conţinutul autonomiei locale. Astfel, Curtea Constituţională Română declara neconstituţional art. 192 partea finală din Regulamentul Camerei Deputaţilor „pentru că impune obligaţii consiliilor locale şi judeţene. Un asemenea lucru îl poate face numai legea, iar dispoziţia regulamentară încalcă art. 119 (actualul art. 120, n.n.) din Constituţie privind principiul autonomiei locale”[3].

Unităţile administrativ-teritoriale care se bucură de autonomie locală sunt determinate ca persoane juridice. Ele au deci o personalitate distinctă de cea a statului, având o organizare proprie, un patrimoniu propriu şi un scop propriu, în acord cu interesul general, şi fiind, în consecinţă, subiecte distincte de drept, având drepturi şi asumându-şi obligaţii în nume propriu.

Această personalitate distinctă a comunităţilor teritoriale presupune că statul nu le poate desfiinţa împotriva voinţei membrilor lor exprimată expres, nu se poate substitui organelor care le reprezintă în ceea ce priveşte actele care care

[3] Decizia nr. 45/1994, M. Of. nr. 131 din 27 mai 1994.

au ca scop constituirea sau gestionarea patrimoniului propriu şi nu pot plasa o comunitate teritorială într-o relaţie de dependenţă funcţională faţă de o alta.

Secţiunea 3. Garanţiile instituţionale ale liberei administrări

Colectivităţile teritoriale, determinate ca persoane juridice, trebuie să fie administrate în condiţii care să le facă relativ autonome faţă de puterea centrală. Procedeul cel mai eficient este alegerea prin vot universal direct a organelor deliberante şi executive care administrează aceste comunităţi. Mai sunt utilizate, uneori, şi alte procedee, în mod evident mai puţin eficiente, cum ar fi alegerea prin vot indirect sau desemnarea de membri de drept.

Pentru a fi în prezenţa unei reale autonomii locale, *alegerile locale trebuie să aibă caracter politic şi nu doar simplu caracter administrativ.* Aceasta înseamnă că toate principiile constituţionale privind universalitatea, egalitatea, caracterul secret şi liber exprimat al votului sunt aplicabile şi alegerilor locale. De asemenea, sunt aplicabile şi dispoziţiile privind pluralismul politic. Astfel, Curtea Constituţională arăta că este neconstituţională „prevederea regulamentară (care) deplasează calitatea de titular al dreptului la informaţie de la Cameră şi comisiile parlamentare la senator, deşi acesta constituie un aspect al controlului parlamentar care nu poate fi conceput ca un atribut personal al senatorului. O asemenea soluţie este contrară autonomiei administrative şi pluralismului politic pe plan local, întrucât ar putea fi exercitată cu referire la aspecte confidenţiale, privind procesul de elaborare a unei decizii, precum şi în dauna opţiunii politice pe plan local, dacă aceasta este diferită de aceea a partidului din care face parte senatorul”[4].

Pe de altă parte, organele alese ale comunităţilor locale le reprezintă din punct de vedere politic. Acest lucru înseamnă că între administraţia centrală şi cele locale nu există o diferenţă de natură, ci doar de poziţionare în ierarhia administrativă. Măsurile luate de administraţia centrală cu privire la administraţiile locale trebuie deci să fie la rândul lor doar de natură administrativă, nu politică.

[4] Decizia nr. 46/1994, M. Of. 177 din 12 iulie 1994.

Caracterul politic al alegerilor locale este mai pregnant în cazul în care aleşii locali constituie corpul electoral intermediar pentru alegerea membrilor sau unora dintre membrii Camerei superioare a Parlamentului, cum este cazul Franţei sau cum a fost cazul României sub imperiul legii electorale din 1925. Senatul este atunci, spre deosebire de cealaltă Cameră, un mediu de reprezentare a colectivităţilor locale şi o garanţie a autonomiei acestora. Din păcate, propunerile făcute în acest sens în 1991 şi 2003 de către specialiştii care au lucrat la proiectul Constituţiei, respectiv al Legii de revizuire, au fost respinse de Parlament.

Secţiunea 4. Mijloacele liberei administrări

Pentru a fi efectivă, libera administrare presupune că aceste colectivităţi locale dispun de suficiente instrumente, atât juridice cât şi financiare, de natură să le asigure o anumită autonomie de decizie. Desigur, această autonomie este relativă, limitată fiind de controlul administrativ exercitat de către puterea centrală şi de necesitatea de a menţine unitatea puterii normative, tipică statului unitar. Mijloacele juridice ale liberei administrări sunt existenţa unei puteri de reglementare locală şi libertatea contractuală, sprijinite fiind de o autonomie financiară cât mai mare.

A. Puterea de reglementare proprie autorităţilor locale

Autorităţile locale au, în statul unitar descentralizat, o putere de reglementare proprie. Dar această putere de reglementare vizează doar organizarea aplicării legii în unitatea administrativ-teritorială, neputând să semnifice o divizare a puterii legislative şi nici o divizare a puterii de reglementare a Executivului. Principiul liberei administrări nu presupune deci existenţa unei puteri normative autoinsituite a autorităţilor locale, distinctă de puterea de reglementare a Parlamentului sau a administraţiei centrale. Competenţa de reglementare, de care aceste autorităţi dispun, le este conferită de legiuitor, de o manieră explicită sau implicită. Ordinea juridică rămâne deci unică, puterea de reglementare a autorităţilor locale presupunând doar că ele pot

lua măsuri cu un caracter general şi impersonal subsecvente legii şi actelor de organizare a executării acesteia emise de administraţia centrală. Întinderea puterii de reglementare a autorităţilor locale poate varia în funcţie de gradul de precizie a legii de abilitare şi de intervenţia eventuală a puterii de reglementare a administraţiei centrale. Dar, şi acest lucru este esenţial, garantarea constituţională a autonomiei locale impune legiuitorului însuşi anumite limite. El nu poate afecta autonomia comunităţilor locale prin lege decât în condiţii restrictive, adică doar pentru motive ce ţin de interesul general care nu poate fi satisfăcut prin mijloace locale şi doar în condiţii stricte de proporţionalitate.

În ceea ce priveşte abilitarea legală a comunităţilor teritoriale de a reglementa autonom, mai multe variante sunt conceptibile. Dacă legea învesteşte expres autorităţile locale cu puterea de a reglementa anumite domenii, atunci această putere se poate exprima fără rezervă, iar puterea reglementară a administraţiei centrale nu poate impieta asupra acestor domenii. Deci, orice act de organizare a executării legii emis de autorităţile centrale cu încălcarea domeniului de competenţă stabilit de lege în beneficiul autorităţilor locale va fi judecat ca ilegal. Dacă legea care priveşte comunităţile locale abilitează de o manieră generală puterea administrativ-normativă centrală pentru a-i fixa modalităţile de aplicare, atunci puterea de reglementare a autorităţilor locale nu se poate manifesta decât de o manieră reziduală, trebuind să aştepte şi să se conformeze actelor de organizare a executării legii emise de autorităţile administraţiei centrale. În fine, dacă legea nu prevede nici o abilitare, nici în favoarea puterii de reglementare a organelor administraţiei centrale, nici în favoarea celei a administraţiilor locale, şi nu este suficient de precisă pentru a se aplica direct, deci aceste acte de reglementare sunt absolut necesare, autorităţile locale dispun de o putere de reglementare «spontană». Dar această putere de reglementare este subsidiară, căci puterea centrală poate oricând interveni cu acte de organizare a executării legii obligatorii pentru administraţiile locale. Totuşi, o limită i se impune: nu trebuie să se ajungă la crearea unor noi obligaţii în sarcina colectivităţilor locale.

O situaţia particulară este creată de revizuirea Constituţiei Franţei prin Legea constituţională din 28 martie 2003 (noul art. 72-4 din Constituţie), precizată prin Legea organică nr. 2003-704 din 1 august 2003, care „autorizează

... colectivităţile teritoriale să deroge cu titlu experimental de la dispoziţiile legislative care reglementează exerciţiul competenţelor lor". Acestea derogări sunt temporare, neputând depăşi cinci ani, iar dispoziţiile de la care se poate deroga, ca şi colectivităţile abilitate să facă derogarea, sunt definite de lege. Ele nu pot interveni, această prohibiţie fiind de natură constituţională, dacă astfel sunt puse în cauză condiţiile esenţiale ale exerciţiului unei libertăţi publice sau ale unui drept garantat constituţional[5]. Aceste «experienţe» legislative ale comunităţilor locale sunt evident atipice şi greu conciliabile cu anumite principii fundamentale ale statului unitar descentralizat[6]. De aceea, s-a putut spune că, deşi dispoziţiile constituţionale reafirmă caracterul de stat unitar descentralizat al Republicii franceze, ea a evoluat în mod evident către un fel de stat regionalizat, chiar dacă nu în acelaşi fel ca Spania sau Italia. La această regionalizare a contribuit şi această putere de derogare experimentală de la lege acordată comunităţilor teritoriale, pe lângă acordarea unor statute speciale pentru unele teritorii franceze de peste mări sau diferenţierea mai flexibilă a comunităţilor teritoriale în metropolă (...)[7]. Astfel, descentralizarea capătă un aspect particular, de descentralizare normativă, care presupune posibilitatea deschisă comunităţilor locale de a adapta, dacă nu de a adopta, normele juridice naţionale[8].

B. Libertatea contractuală a colectivităţilor locale

Un al doilea mijloc juridic de realizare a liberei administrări este libertatea contractuală de care trebuie să se bucure colectivităţile locale. Această libertate se impune legiuitorului, care nu poate limita excesiv capacitatea administraţiilor

[5] Pentru o analiză publicată în România, vezi Yan Laidié, Dreptul la identitate, suveranitatea şi integrarea minorităţilor în dreptul francez: cazul Corsicăi, în Dan Claudiu Dănişor (coordonator), Dreptul la identitate, Universul Juridic, 2010, p. 176-205.

[6] *F. Crouzatier-Durand*, L'expérimentation locale, R.F.D.A., 2004, p. 22-24.

[7] *B. Flamand-Lévy*, Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat, R.F.D.A., 2004, p. 59-68.

[8] pentru analiza noţiunii, *D. Faure*, La Décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel, R.F.D.A., 2002, p. 469-473.

locale de a contracta liber. Ea se impune cu atât mai mult executivului, care nu se poate substitui comunităţilor teritoriale în domeniul contractual.

C. Autonomia financiară

Autonomia locală implică şi o autonomie financiară. Aceasta presupune că respectivele colectivităţile locale dispun de un nivel suficient de resurse care să le permită exercitarea plenară a competenţelor lor şi că ele se bucură de o marjă largă de apreciere în ceea ce priveşte utilizarea acestor resurse. Autorităţile locale nu dispun de o autentică putere fiscală, pentru că ele nu pot crea impozite sau taxe decât dacă legiuitorul le autorizează. Statul determină resursele colectivităţilor locale, indiferent dacă acestea sunt transferate din bugetul central sau reprezintă resurse proprii ale colectivităţilor locale, căci şi acestea sunt stabilite de consiliile locale doar în limitele şi în condiţiile legii. Totuşi puterea fiscală a legiuitorului nu este fără limite.

Legea trebuie să determine partea care revine administraţiilor locale din impozitele şi taxele de orice natură[9]. Aceasta deoarece, dacă statul este cel care dispune în materie fiscală, el trebuie să nu centralizeze excesiv resursele financiare, pentru ca apoi să le distribuie de la centru către unităţile teritoriale, căci acest procedeu are tendinţa de a se transforma în presiuni politice asupra organelor comunităţilor locale prin care acestea îşi exercită autonomia şi în utilizarea fondurilor publice în raport de interesele partidelor aflate la guvernare şi nu în raport de necesităţile reale ale comunităţilor locale. Legiuitorul crează impozitele şi taxele, politica fiscală fiind atribuţia sa exclusivă, dar el trebui să încadreze normativ puterea administraţiei centrale, pentru a garanta administraţiilor locale nivelul resurselor necesar funcţionării lor în acord cu nevoile comunităţilor pe care le administrează. Partajarea prin lege a resurselor între administraţia centrală şi cea locală este o metodă minimală de asigurare a autonomiei financiare a acesteia din urmă.

Pentru a garanta colectivităţilor locale că statul nu abuzează de puterea de a redistribui veniturile publice, trebuie ca resursele financiare ale unităţilor

[9] Vezi art. 72-2 din Constituţia Franţei.

administrativ-teritoriale rezultate din taxe şi impozite încasate direct de către ele, în condiţiile legii, să reprezinte o parte determinantă din ansamblul resurselor proprii. În acelaşi timp, statul este obligat să reglementeze mecanismele care să asigure egalitatea de şanse a unităţilor administrativ-teritoriale în ceea ce priveşte constituirea resurselor proprii.

Un alt procedeu prin care puterea centrală tinde să limiteze autonomia locală este transferarea unor atribuţii de la puterea centrală către unităţile teritoriale sau crearea ori extinderea competenţelor administraţiilor locale fără asigurarea resurselor necesare exercitării efective a acestora. De aceea, orice transfer de competenţe de la autorităţile centrale către unităţile administrativ-teritoriale trebuie însoţit de atribuirea unor resurse echivalente celor care erau consacrate exerciţiului lor de către autorităţile administraţiei publice centrale[10]. Orice creare sau extindere a competenţelor autorităţilor administraţiei publice locale care are ca rezultat creşterea cheltuielilor unităţilor administrativ-teritoriale trebuie însoţită de determinarea, prin lege, a resurselor financiare necesare exercitării lor efective[11].

Pe de altă parte, autonomia financiară locală este afectată de tendinţa de a pune în sarcina administraţiilor locale, prin lege sau acte ale administraţiilor centrale, cheltuieli obligatorii. În acest fel, structura bugetelor locale este decisă de la centru, iar resursele de care acestea dispun în mod autonom pentru a satisface interesele locale devin insuficiente. De aceea, trebuie ca stabilirea structurii bugetelor locale să fie lăsată în competenţa administraţiilor locale, legiuitorul trebuind să se rezume la a stabili principiile generale ale acesteia.

Secţiunea 5. Domeniul liberei administrări

Acest domeniu, care se traduce prin atribuirea unor competenţe proprii comunităţilor locale, trebuie să fie protejat atât în raport cu statul, cât şi în raport cu alte persoane juridice de drept public. Legiuitorul este cel care stabileşte domeniul de competenţă al colectivităţilor locale, constituţia

[10] Idem.
[11] Idem.

rezumându-se în statul unitar descentralizat, spre deosebire de statul federal sau chiar de statul regionalizat, la a preciza doar principiul liberei administrări, consecinţele acesteia şi care sunt comunităţile teritoriale care beneficiază de el, precum şi organele prin care acestea îl realizează, lăsând în sarcina legii determinarea efectivă a repartiţiei competenţelor între stat şi comunităţile locale. Acest lucru rezultă din faptul că descentralizarea nu presupune puterea de autoorganizare, ci doar un transfer de competenţe decis de puterea centrală.

Totuşi, legiuitorul nu poate depăşi anumite limite, inerente principiului liberei administrări. Astfel, *competenţele transmise autorităţilor alese de comunităţile locale trebuie să fie efective*, adică să permită o reală autoadministrare. Competenţa de a judeca caracterul efectiv al atribuţiilor transmise aparţine judecătorului constituţional. Totuşi, un criteriu ferm, potrivit căruia o decizie ar putea fi luată, lipseşte, ceea ce a condus la ideea că doar dacă o materie scapă în mod manifest competenţei statului, datorită naturii ei, ea ar putea fi revendicată de colectivităţile locale în faţa judecătorului constituţional[12].

Pe de altă parte, *legiuitorul nu poate institui o tutelă a unei comunităţi teritoriale asupra alteia*. Legea franceză din 7 ianuarie 1983 cu privire la repartiţia de competenţe este, în mod particular, relevantă în acest sens, când prevede că „transferul de competenţe prevăzut de ... lege în beneficiul comunelor, departamentelor şi regiunilor nu poate să autorizeze una dintre aceste colectivităţi să stabilească sau să exercite o tutelă, indiferent în ce formă, asupra alteia"; aceeaşi interdicţie priveşte şi relaţiile financiare dintre aceste colectivităţi, în mod particular când o comunitate o subvenţionează pe alta[13]. Aceste principii legislative sunt consecinţa dispoziţiei constituţionale care

---

[12] *Favoreu, L.; Gaïa, P.; Ghevontian, R.; Mestre, J-L.; Pfersmann, O.; Roux, A.; Scoffoni, G.*, Droit constitutionnel, Dalloz, Paris, 2001, p. 422.

[13] art. L. 111-4 din Codul general al colectivităţilor teritoriale, pentru analiza acestor dispoziţii, precum şi a jurisprudenţei franceze, *F. Séners*, La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre, Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, Département des Landes, R.F.D.A., 2004, p. 518-524, p. 518-524; *J.-C. Douence*, Note sur Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, Département des Landes, R.F.D.A., 2004, p. 525-529.

afirmă că aceste comunităţi se administrează liber prin consilii alese[14]. Astfel, toate colectivităţile teritoriale sunt subordonate statului şi nu una faţă de alta, statul exercitând tutela direct asupra tuturor unităţilor administrativ teritoriale şi neputând să instituie o tutelă a uneia asupra alteia. Principiul autonomiei locale, în genere, afirmat de constituţiile statelor unitare descentralizate, interzice astfel ca statul să delege puterea sa de tutelă administrativă şi financiară în beneficiul unei comunităţi teritoriale.

Astfel, în cazul României, de exemplu, consiliul judeţean nu are o putere ierarhică asupra consiliilor comunale sau orăşeneşti, ci doar coordonează activitatea acestora. Tutela administrativă asupra consiliilor locale comunale sau orăşeneşti este exercitată de prefect, ca reprezentant al Guvernului în teritoriu, neputând fi transferată prin lege consiliului judeţean. Orice încălcare a acestui principiu este o încălcare a constituţiei.

În fine, *legiuitorul nu ar putea să transfere competenţele de la o colectivitate teritorială la alta decât în măsura în care prin acest transfer nu lipseşte o comunitate teritorială de esenţialul atribuţiilor sale*[15].

Secţiunea 6. Limitele autonomiei locale: apărarea caracterului unitar al statului

Caracterul unitar al statului este garantat, în statele unitare descentralizate, prinjocul a trei principii: indivizibilitatea suveranităţii, indivizibilitatea teritoriului şi indivizibilitatea poporului. Toate aceste principii conduc la indivizibilitatea statului, marcând frontierele autonomiei locale, care trebuie să rămână doar administrativă. Depăşirea acestor limite face ca forma de stat să se schimbe, transformând statul în unul regionalizat sau chiar în unul federal.

A. Indivizibilitatea suveranităţii

Într-un stat unitar *nu există în principiu decât o singură sursă a*

[14] Art. 72-2.
[15] *L. Favoreau*, op. cit., p. 422-423.

suveranităţii, aplicabilă pe întreg teritoriul. Suveranitatea este indivizibilă pentru că rezidă în colectivitatea statală privită global, fără a se ţine cont de diversitatea aspiraţiilor locale. Rezultă că puterea normativă îşi are sursa primă în stat şi că, pe de altă parte, colectivităţile locale, în exerciţiul competenţelor lor, trebuie să respecte prerogativele statului.

Puterea normativă a statului este unitară. Acest lucru înseamnă că nu există o putere normativă locală autoinstituită. *Ordinea juridică nu se poate divide*. Decizia administrativă locală, chiar normativă, se bazează pe lege, nu pe voinţa comunităţilor locale. „O colectivitate teritorială se administrează, ea nu se guvernează”[16]. Rezultă că este exclusă transmiterea către aceste comunităţi a puterii legislative. Pe de altă parte, ele *sunt lipsite de competenţe internaţionale*, nefiind subiecţi de drept internaţional public şi neputând deci să dezvolte relaţii cu alte colectivităţi teritoriale străine decât în interiorul cadrului stabilit de legiuitor. Statul păstrează deci monopolul conducerii relaţiilor internaţionale.

Colectivităţile teritoriale trebuie să respecte prerogativele statului. Pentru a asigura acest respect, *se instituie un drept de tutelă al organelor centrale sau al reprezentantului acestora în teritoriu asupra deciziilor luate de organele colectivităţilor descentralizate*. Cel mai dificil lucru este găsirea măsurii exacte a acestei tutele. Dacă ea este prea lejeră, coeziunea statului riscă să fie compromisă. Dacă este prea accentuată, descentralizarea dispare.

Mai multe procedee de tutelă sunt posibile. Tutela se poate exercita de către guvernanţii înşişi sau prin intermediul unor agenţi ai guvernului plasaţi pe lângă autorităţile locale, fie în calitate de organe executive ale deciziilor acestora, fie pentru a efectua un control al deciziilor lor. Tutela poate purta asupra organelor colectivităţilor locale, în cazul în care acestea pot fi dizolvate sau demise de puterea centrală, fie doar asupra deciziilor luate de acestea. Cel mai frecvent procedeu este cel al tutelei asupra deciziilor. Tutela va fi lejeră dacă aceste decizii sunt imediat executorii, autoritatea de control trebuind doar să fie informată şi păstrând posibilitatea de a ataca aceste decizii în contencios administrativ, în anumite condiţii. Ea va fi mult mai presantă dacă deciziile autorităţilor locale nu devin executorii decât după scurgerea unui termen în

[16] *F. Luchaire*, Les fondements constitutionnels de la décentralisation, R.D.P., 1982, p. 1543.

interiorul căruia organul de control poate interveni, anulându-le. Ea va deveni sufocantă dacă aceste decizii nu devin definitive decât după aprobarea lor de către autoritatea de control. În fine, cu greu se mai poate vorbi despre descentralizare dacă autoritatea de control are posibilitatea să se substituie din oficiu organelor colectivităţilor teritoriale, luând deciziile în locul acestora.

B. Indivizibilitatea teritoriului

Indivizibilitatea teritoriului presupune că acesta nu poate fi împărţit decât la nivel administrativ, nu şi la nivelul ordinii juridice. Cu alte cuvinte, nu pot coexista pe teritoriul statului unitar descentralizat mai multe ordini juridice, având surse diferite. Dreptul poate fi teritorializat, în sensul că anumite acte normative pot fi aplicate doar pe o parte a teritoriului, dar această teritorializare juridică are ca sursă puterea legislativă a statului, neputând fi făcută prin voinţa comunităţilor teritoriale. Chiar această teritorializare a dreptului, făcută prin voinţa puterii legislative naţionale, are limitele ei. Ea nu poate privi libertăţile publice, căci ar fi afectate principiul egalităţii şi cel al universalităţii drepturilor omului. Libertăţile trebuie să fie egale nu doar pentru toţi, ci şi peste tot. Garantarea libertăţilor fundamentale nu poate fi deci sub nici o formă transmisă comunităţilor teritoriale. Ea rămâne atributul exclusiv al statului.

Indivizibilitatea teritoriului implică şi inalienabilitatea lui. Nici o parte a teritoriului nu poate fi transferată, sub nici o formă, sub suveranitatea unui alt stat. De asemenea nu există posibilitatea de secesiune a unui teritoriu. De aceea, Constituţia noastră din 1991 stabileşte că integritatea teritoriului nu poate face obiectul unei revizuiri constituţionale, cum nu poate face obiectul unei revizuiri nici caracterul unitar al statului.

C. Indivizibilitatea poporului

Indivizibilitatea statului unitar, coroborată cu principiul egalităţii în drepturi, cere instituirea unui alt principiu, cel al unităţii poporului, care interzice orice diferenţiere între cetăţeni pe criterii cum ar fi rasa, naţionalitatea, originea etnică, limba, religia, sexul, opinia, apartenenţa politică, averea sau

originea socială. Unitatea statului are, astfel, ca fundament unitatea poporului.

Prima consecinţă a unităţii poporului este cea a nerecunoaşterii oricărei divizări juridice a poporului în raport de criterii de natura celor enumerate mai sus. Poporul este constituit, din punct de vedere juridic, din cetăţeni, orice altă noţiune, cum ar fi cea de minoritate naţională, sexuală, culturală etc. având doar o valoare sociologică şi neputând aduce nici o consecinţă juridică. *Cetăţenii sunt cei care exercită suveranitatea, direct sau prin reprezentanţi, şi nu grupurile*, aceasta fiind logica dispoziţiei constituţionale care arată că niciun grup nu poate exercita suveranitatea în nume propriu.

În statele unde unitatea poporului are valoare de principiu constituţional, cum este României, puterea legislativă nu este competentă să introducă diferenţieri categoriale între cetăţeni pe criterii de natura celor enumerate, deci componente ale poporului diferenţiate juridic. În această viziune nu pot exista drepturi ale minorităţilor, indiferent de criteriul de constituire a acelor minorităţi. Drepturi nu au decât persoanele, fizice sau juridice, nu minoritatea, care, nefiind un subiect de drept, nu poate avea drepturi proprii. *Unitatea poporului interzice drepturile colective*. Pot exista drepturi individuale exercitate în colectiv, dar niciodată drepturi ale grupurilor.

A doua consecinţă a unităţii poporului este unitatea corpului politic şi, în consecinţă, a reprezentării poporului. Consecinţa acestui principiu este inadmisibilitatea oricărei diferenţieri categoriale în materia drepturilor politice, a dreptului de a alege şi de a fi ales. Astfel, Consiliul Constituţional francez a găsit neconstituţionale dispoziţiile unei legi care impunea ca listele electorale să nu cuprindă mai mult de 75% persoane de acelaşi sex. Tot datorită acestui principiu, chiar dacă parlamentarii sunt aleşi în circumscripţii teritoriale sau pe listele unui partid, ei reprezintă poporul în integralitatea sa, garanţia acestui principiu fiind interzicerea mandatului imperativ.

Statul unitar tipic pare să fie, aşadar, tributar unei conjuncţii particulare între indivizibilitatea suveranităţii, indivizibilitatea teritoriului şi indivizibilitatea poporului. Totuşi, situaţia Franţei, care era odată prototipul statului unitar indivizibil, arată că prin voinţa puterii de revizuire este posibil ca aceste aparent sacrosancte principii constituţionale ale organizării statului unitar să fie acomodate cu derogări substanţiale. „Revizuirea constituţională din 28

martie 2003, în prelungirea mai multor revizuiri constituţionale recente, dă într-adevăr un sens nou tripticului: teritoriu, popor şi suveranitate. Ea tinde să concilieze indivizibilitatea teritoriului şi recunoaşterea posibilităţii de secesiune pentru populaţiile de peste mări; caută să păstreze unitatea poporului francez, recunoscând în acelaşi timp drepturi politice specifice; vrea să garanteze indivizibilitatea suveranităţii întărind în acelaşi timp principiul liberei administrări a colectivităţilor teritoriale, chiar confirmând partajările de suveranitate deja consimţite în beneficiul Noii Caledonii"[17]. Se pare astfel că principiile unificatoare, amintite mai sus, sunt din ce în ce mai contestate în numele unui stat multicultural[18] şi că unitatea nu mai poate fi păstrată decât cu preţul acomodării principiilor juridice universalizante cu revendicările identitare din ce în ce mai accentuate ale unor grupuri infraetatice, fie că ele sunt concentrate teritorial, fie că nu.

Secţiunea 7. Controlul respectării sferelor de competenţe într-un stat unitar descentralizat în care comunităţile locale sunt autonome administrativ

Toate aceste principii de organizare a statului unitar descentralizat în care autonomia locală este garantată constituţional ar rămâne ineficiente în lipsa unui control al respectării sferelor de competenţe repartizate comunităţilor teritoriale şi puterii centrale. De fapt, în starea actuală a sistemului constituţional românesc, acest regulator de competenţe lipseşte, de cele mai multe ori, sau este insuficient conturat din punct de vedere normativ.

Autonomia locală trebuie mai întâi, odată ce ea este garantată constituţional, să fie apărată contra abuzurilor posibile ale puterii legislative. Legiuitorul trebuie să respecte el însuşi principiul constituţional al autonomiei locale. Dar, pentru ca acest principiu să devină efectiv trebuie ca un organ

[17] *P. Dollat*, Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française: de l'Etat unitaire à l'Etat uni?, R.F.D.A., 2003, p. 671.
[18] *P. de Deckker, J.-Y. Faberon*, L'Etat pluriculturel et les droits aux différences, Bruylant, Bruxelles, 2003.

independent să poată soluţiona conflictele juridice dintre legiuitor şi comunităţile teritoriale. Logic ar fi ca acest organ să fie cel care controlează constituţionalitatea legilor, adică, în sistemul nostru constituţional actual, Curtea Constituţională. Numai că în acest moment Curtea soluţionează conflictele juridice de natură constituţională doar între puterile centrale, nu şi între acestea şi comunităţile teritoriale. Sesizarea Curţii poate fi făcută, conform art. 146 lit. e din Constituţie de către Preşedintelui României, preşedinţii celor două Camere, primul-ministru sau preşedintele Consiliului Superior al Magistraturii. Organele care reprezintă comunităţile teritoriale autonome nu pot utiliza acest mijloc constituţional pentru a obţine o apărare a autonomiei locale contra încălcărilor eventuale ale acesteia prin acte ale puterii legislative.

În ceea ce priveşte controlul respectării partajului sferelor de competenţă dintre executiv şi administraţiile locale, competenţa ar trebui să aparţină instanţelor ordinare, căci aceasta este o problemă de legalitate, odată ce competenţele administraţilor locale sunt delegate prin lege. Desigur, pe calea contenciosului administrativ actual se poate obţine o anulare a actelor adinistrative ale administraţiei centrale la cererea administraţilor locale, dar mijloacele sunt indirecte. Ele ar trebui făcute directe.

Secţiunea 8. Protecţia persoanelor prin separaţia verticală a puterilor

Toate mijloacele de organizare tipice statului unitar descentralizat în care autonomia locală este garantată constituţional sunt modalităţi de protecţie ale drepturilor şi libertăţilor persoanelor. Sistemul nostru constituţional pare însă să nu înţeleagă acest lucru. Separaţia puterilor funcţionează la noi doar pe orizontală, între puterile centrale, nu şi pe verticală, între acestea şi comunităţile locale. Aceste comunităţi nu sunt concepute de sistemul nostru constituţional ca adevărate contra-puteri. De aceea, deşi toată lumea vorbeşte de descentralizare şi autonomie locală, nimeni nu pare dispus să o realizeze, statul rămânând excesiv de centralizat.

De fapt, separaţia puterilor trebuie să funcţioneze, pentru a fi o reală garanţie a drepturilor persoanelor, atât pe orizontală, între puterea legislativă, cea executivă şi cea judecătorească, cât şi pe verticală, între aceste puteri şi

comunităţile teritoriale autonome din punct de vedere administrativ. Numai astfel autonomia locală, ca liberă administrare, devine o libertate fundamentală[19]. Autonomia locală „este în mod fundamental o libertate a cetăţenilor. Această libertate de administrare este complementul necesar al libertăţii de asociere şi al libertăţii de a întreprinde, în scopul de a asigura în democraţie echilibrul între egalitate şi libertate. Fără a încălca egalitatea în drepturi, ea autorizează inegalităţi de fapt, permiţând prin aceasta comunităţilor locale de cetăţeni să adapteze situaţiei proprii modurile de satisfacere publică a nevoilor"[20]. Astfel, considerând această libertate o libertate fundamentală a persoanelor şi nu a grupurilor, ea se va bucura de protecţia jurisdicţională specifică şi va putea fi conciliată cu interzicerea drepturilor colective de către unitatea poporului.

Conceptualizarea autonomiei locale ca un drept al cetăţenilor presupune participarea acestora la luarea deciziilor locale şi la stabilirea politicilor publice de interes local. Cel puţin două modalităţi trebuie să fie prezente: posibilitatea de a cere introducerea pe ordinea de zi a organelor deliberative ale comunităţilor locale a unor probleme şi cooptarea, prin referendum, a alegătorilor la deciderea politicilor publice şi la adoptarea unor acte normative de interes local.

Secţiunea 9. Cum ar trebui revizuită Constituţia pentru ca autonomia locală în cadrul unui stat descentralizat să devină realitate

Constituţia ar trebui revizuită pentru a garanta mai adecvat autonomia locală. Dar acest lucru nu trebuie să însemne doar reconfigurarea unei hărţi, ci construirea unor mecanisme constituţionale care să garanteze separaţia funcţională între puterea centrală şi cea locală. Aceasta presupune efectivizarea autonomiei locale, în condiţiile apărării unităţii statului.

[19] pentru distingerea posibilă a autonomiei locale de libera administrare, *E.M. Nica*, Timpul sau timpii liberei administrări – drept fundamental à la Roumanie?, Revista de studii socio-umane, nr. 7/2005, p. 114- 116.

[20] *J. Bénoit,* La liberté d'administration locale, R.F.D.A., 2002, p. 1065; pentru analiza liberei administrări ca drept fundamental în dreptul român, *E.M. Nica*, op. cit., p. 117-121.

Din analiza de până acum putem trage anumite concluzii normative. Iată cum văd eu revizuirea dispoziţiilor constituţionale care privesc administraţia publică locală, păstrând descentralizarea ca limită maximă a autonomiei locale.

ARTICOLUL 120

Principii de bază

(1) Administraţia publică din unităţile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale şi deconcentrării serviciilor publice.

(2) Autonomia administrativă locală garantată este reglementară, funcţională, financiară şi contractuală.

ARTICOLUL 120^1

Autonomia reglementară

(1) Competenţele normative pe care organele administraţiei publice locale le exercită în mod autonom vor fi reglementate prin lege.

(2) Legea determină domeniile în care competenţa de a adopta acte administrative normative aparţine exclusiv organelor administraţiilor publice locale.

ARTICOLUL 120^2

Autonomia funcţională

(1) Organizarea şi funcţionarea serviciilor autorităţilor administraţiei publice locale prin care se realizează autonomia locală este decisă de către acestea, în limitele unor principiile generale reglementate prin lege.

(2) Este interzisă instituirea oricărei subordonări sau tutele a unei unităţi administrativ-teritoriale faţă de alta. Dacă exerciţiul unei competenţe necesită acţiunea comună a mai multor unităţi administrativ-teritoriale, ele pot fi autorizate, prin lege, să organizeze modalităţile acţiunii lor comune.

ARTICOLUL 120^3

Autonomia financiară

(1) Statul este obligat să asigure unităţilor administrativ-teritoriale resursele

necesare realizării autonomiei locale, de care acestea pot dispune liber. Legea stabileşte numai principiile exerciţiului acestei libertăţi.

(2) Legea trebuie să determine partea care revine administraţiilor locale din impozitele şi taxele de orice natură.

(3) Resursele financiare ale unităţilor administrativ-teritoriale rezultate din taxe şi impozite încasate direct de către ele, în condiţiile legii, trebuie să reprezinte o parte determinantă din ansamblul resurselor proprii.

(4) Orice transfer de competenţe de la autorităţile centrale către unităţile administrativ-teritoriale trebuie însoţit de atribuirea unor resurse echivalente celor care erau consacrate exerciţiului lor de către autorităţile administraţiei publice centrale.

(5) Crearea oricăror competenţa noi sau extinderea competenţelor autorităţilor administraţiei publice locale care au ca rezultat creşterea cheltuielilor unităţilor administrativ-teritoriale trebuie însoţită de determinarea, prin lege, a resurselor financiare necesare exercitării lor efective.

(6) Statul este obligat să reglementeze mecanismele care să asigure egalitatea de şanse a unităţilor administrativ-teritoriale în ceea ce priveşte constituirea resurselor proprii.

ARTICOLUL 120^4

Autonomia contractuală

(1) Autorităţile administraţiei publice locale pot încheia liber toate contractele necesare realizării legale a misiunii lor.

(2) Legea stabileşte mecanismele de supraveghere a legalităţii acestor contracte.

ARTICOLUL 120^5

Participarea cetăţenilor

(1) Legea stabileşte condiţiile care trebuiesc îndeplinite pentru ca alegătorii dintr-o unitate administrativ-teritorială, prin intermediul dreptului de petiţionare, să poată cere înscrierea pe ordinea de zi a organelor deliberative ale acesteia a unei probleme care ţine de competenţa lor.

(2) În condiţiile prevăzute de lege, proiectele de acte normative sau

politicile publice de interes local pot fi supuse, la iniţiativa organelor deliberative competente să le adopte, deciziei alegătorilor din unitatea administrativ-teritorială, prin referendum.

ARTICOLUL 120^6

Raporturile administraţiei cu persoanele aparţinând minorităţilor naţionale

(1) Stabilirea prin lege a limitelor teritoriale ale unităţilor administrative nu poate afecta dreptul garantat de art. 6.

(14) În unităţile administrativ-teritoriale în care cetăţenii aparţinând unei minorităţi naţionale au o pondere semnificativă se asigură folosirea limbii minorităţii naţionale respective în scris şi oral în relaţiile cu autorităţile administraţiei publice locale şi cu serviciile publice deconcentrate, în condiţiile prevăzute de legea organică.

ARTICOLUL 120^5

Garantarea autonomiei locale

(1) Parlamentul este singura autoritate legislativă în domeniul autonomiei locale. Domeniile autonomiei locale pot fi reglementate numai prin legi organice. Guvernul nu poate adopta acte prin care să reglementeze autonomia locală sau să îi restrângă exerciţiul

(2) Autorităţile administraţiei publice prin care se realizează autonomia locală pot sesiza Curtea Constituţională pentru a se pronunţa asupra constituţionalităţii legilor prin care este reglementată autonomia locală sau a celor prin care consideră că este restrâns exerciţiul acesteia.

(3) Soluţionarea conflictelor de competenţe dintre Guvern sau administraţia publică centrală de specialitate şi organele administraţiei publice prin care se realizează autonomia locală este de competenţa Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie.

(4) Dizolvarea sau revocarea din funcţie a autorităţilor administraţiei publice prin care se realizează autonomia locală poate fi cerută de către Guvern, prin hotărâre motivată, comunităţilor locale care le-au ales, dacă acesta constată încălcări grave ale legii, care au determinat anularea repetată de către instanţele

de contencios administrativ a actelor autorităţii respective. Hotărârea Guvernului poate fi atacată în faţa instanţei de contencios administrativ.

ARTICOLUL 121

Autorităţile comunale şi orăşeneşti

(1) Autorităţile administraţiei publice prin care se realizează autonomia locală în comune şi în oraşe sunt consiliile locale alese şi primarii aleşi, în condiţiile legii.

(2) Consiliile locale şi primarii decid cu privire la treburile publice din comune şi din oraşe.

(3) Raporturile dintre consiliile locale şi primari se întemeiază pe separaţia exerciţiului funcţiilor şi sunt stabilite prin lege organică.

(3) Autorităţile prevăzute la alineatul (1) se pot constitui şi în subdiviziunile administrativ-teritoriale ale municipiilor.

ARTICOLUL 122

Autorităţile judeţene

(1) Autorităţile administraţiei publice prin care se realizează autonomia locală în judeţe sunt consiliile judeţene alese şi guvernatorii aleşi. Acestea coordonează activitatea consiliilor comunale şi orăşeneşti, în vederea realizării serviciilor publice de interes judeţean.

(2) Guvernatorul prezidează consiliul judeţean. El conduce serviciile publice deconcentrate ale ministerelor şi ale celorlalte organe ale administraţiei publice centrale din unităţile administrativ-teritoriale.

(3) Miniştrii sau conducătorii celorlalte organe ale administraţiei publice centrale pot ataca, în faţa instanţei de contencios administrativ, actele guvernatorilor care privesc serviciile deconcentrate din sfera de activitate pe care ei o coordonează, dacă le consideră ilegale.

ARTICOLUL 123

Prefectul

(1) Guvernul numeşte un prefect în fiecare judeţ şi în municipiul Bucureşti.

(2) Prefecţii trebuie să aibă pregătire juridică superioară, înaltă competenţă

profesională şi o vechime de cel puţin 10 ani în activitatea juridică.

(3) Prefectului îi este garantată stabilitatea în funcţie.

(2) Prefectul supraveghează legalitatea actelor administraţiilor publice locale.

(4) Între prefecţi, pe de o parte, consiliile locale şi primari, precum şi consiliile judeţene şi guvernatori, pe de altă parte, nu există raporturi de subordonare.

(5) Prefectul poate ataca, în faţa instanţei de contencios administrativ, un act al organelor administraţiei publice locale, în cazul în care consideră actul ilegal. Actul atacat este suspendat de drept.

Pentru a merge mai departe, ar trebui ca alegerea Senatului să se facă prin vot indirect, corpul electoral reprezentându-l consilierii aleşi în consiliile locale. Modelul votului indirect ar asigura reprezentarea comunităţilor locale în Parlament şi ar justifica păstrarea bicamerismului. Pentru aceasta ar trebui revizuit art. 62, care, în opinia mea ar trebui să fie formulat astfel:

ARTICOLUL 62

Alegerea Camerelor

(1) Deputaţii sunt aleşi prin vot direct. Numărul deputaţilor nu poate fi mai mare de 200.

(2) Senatul est ales prin vot indirect. El asigură reprezentarea colectivităţilor teritoriale. Numărul senatorilor nu poate fi mai mare de 100.

(3) Cetăţenii români stabiliţi în afara României sunt reprezentaţi în Camera Deputaţilor şi Senat, în condiţii de proporţionalitate.

(2) Organizaţiile cetăţenilor aparţinând minorităţilor naţionale, care nu întrunesc în alegeri numărul de voturi pentru a fi reprezentate în Parlament, au dreptul la câte un loc de deputat, în condiţiile legii electorale. Cetăţenii unei minorităţi naţionale pot fi reprezentaţi numai de o singură organizaţie.

Menţionez că primele trei alineate sunt practic reproduse din Constituţia Franţei. Numărul parlamentarilor este cel pe care populaţia l-a agreat la referendumul din 2009.

Desigur, caracterele votului ar trebui prevăzute în articolul privind dreptul la vot, pentru a constitui aspecte ale unui drept fundamental, cu excluderea referirii din actualul art. 62 la votul direct.

O astfel de revizuire ar avea ca efect implicarea comunităţilor locale în legiferare şi o mai bună garantare a autonomiei locale. Pe de altă parte, bicamerismul ar deveni efectiv, căci modul indirect de alegere a Senatului ar putea constitui un alt tip de majoritate. Desigur, mai multe texte constituţionale ar trebui revizuite pentru a asigura funcţionarea raţională a Parlamentului, dar acest studiu nu poate să le abordeze.

Titlul IV. Alte disfuncţionalităţi sistemice

Capitolul 5. Utilizarea abuzivă a conceptului de cetăţenie în Constituţie

Problemele structurale ale Constituţiei României semnalate cu predilecţie în doctrină sunt cele privitoare la raporturile interinstituţionale. Nu neg că acestea sunt importante. Dar, după părerea me, cea mai importantă problemă structurală a Constituţiei este utilizarea abuzivă a cetăţeniei ca determinant al sferei de aplicabilitate personală a drepturilor şi libertăţilor fundamentale. Dependenţa unor drepturi sau valori de calitatea de cetăţean antrenează consecinţe restrictive pentru protecţia persoanelor, ceea ce îmi pare fundamental.

Şi totuşi Constituţia afirmă universalitatea drepturilor omului. Ce înseamnă acesată universalitate am arătat cu alte prilejuri. Acum voi relua doar esenţa argumentaţiei şi voi arăta apoi care sunt utilizările abuzive ale noţiunii de cetăţenie, prin raportare la consecinţele acestei universalităţi, şi ce consecinţe restrictive pot crea pentru protecţia persoanelor.

§1. Universalitatea drepturilor omului şi consecinţele ei juridice

A. Noţiunea de «universalitate» a drepturilor şi libertăţilor fundamentale

Universalitatea drepturilor omului ar putea fi formulată sintetic astfel: *toţi oamenii se bucură de drepturile şi libertăţile fundamentale, independent de timp şi spaţiu*. Constituţia noastră afirmă universalitatea drepturilor şi libertăţilor fundamentale prin art. 15 coroborat cu art. 1(3). Demnitatea omului, libera dezvoltare a personalităţii umane, drepturile şi libertăţile persoanei, dreptatea şi pluralismul devin astfel fundamentul drepturilor, libertăţilor şi îndatoririlor fundamentale, în calitatea lor de valori supreme pentru statul român. Pentru a configura deci universalismul afirmat de denumirea marginală a art. 15 din Constituţie devine esenţial să înţelegem care este conţinutul acestor valori şi care sunt consecinţele normative ale afirmării lor [vezi comentariul art. 1 alin. (3) în Dănişor, D.C., *Constituţia României comentată, vol. I – Titlul I.*

Principii generale, Universul Juridic, 2009]. Dacă este adevărat că doar cetăţenii se pot bucura de toate drepturile, această condiţie a apartenenţei la stat nu poate fi aplicată într-un astfel de mod încât să afecteze demnitatea omului, libera dezvoltare a personalităţii umane, dreptatea sau pluralismul, doar astfel putând fi vorba de universalitatea drepturilor şi libertăţilor fundamentale. Principiul universalităţii drepturilor omului ar fi trebuit formulat expres de Constituţie, cum o prescria utilizarea noţiunii în denumirea marginală a art. 15, afirmând, cum face, de exemplu, Declaraţia franceză a drepturilor omului şi cetăţeanului, că «scopul *oricărei asociaţii politice* este conservarea drepturilor *naturale* şi *imprescriptibile* ale *omului*» (s.n.). Dar, deşi redactarea defectuoasă a art. 15 se referă doar la cetăţeni, principiul rezultă din stabilirea demnităţii *omului* şi liberei dezvoltări a personalităţii *umane* ca valori supreme garantate de Constituţie. Universalitatea drepturilor omului înseamnă că ele se aplică tuturor fiinţelor umane, că reglementările statale trebuie să se conformeze unor principii universale atunci când se referă la drepturile omului.

Această universalitate se desfăşoară pe trei planuri: "*Pe plan raţional* (s.n), universalitatea desemnează atribuirea drepturilor tuturor fiinţelor umane. Aceste drepturi sunt raţionale şi abstracte, în acord cu faptul că ele sunt atribuite tuturor oamenilor şi că ele sunt purtătoare ale unei pretenţii de validitate generală din cauza criteriilor morale care le fondează. *Pe plan temporal* (s.n.), universalitatea presupune ca aceste drepturi să fie generale şi abstracte - situate în marginea timpului şi valide în oricare moment istoric. *Pe plan spaţial* (s.n.) în fine, universalitatea sugerează extinderea culturii drepturilor omului la toate societăţile politice, fără excepţie" (Peces-Barba Martinez, G., *Théorie générale des droits fondamentaux,* L.G.D.J., 2004, p. 271). Este în fond ceea ce afirma şi Declaraţia franceză: drepturile sunt *naturale*, deci rezultă direct din natura umană, din raţiune, deci se aplică tuturor celor care au această calitate de a fi raţionali, adică tuturor fiinţelor umane, sunt *imprescriptibile,* deci scoase din contextul temporal, şi aplicabile, ca scop, *oricărei asociaţii politice*, ceea ce le scoate încă o dată din timpul istoric, dar şi din oricare spaţiu cultural sau politic particular. Universalitatea drepturilor omului nu înseamnă deci generalizarea lor, căci "generalizarea menţine distincţia între drepturile omului şi drepturile

cetăţeanului" (Peces-Barba Martinez, G., *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J., 2004, p. 273).

Constituţia noastră pare să se situeze pe o poziţie incertă. Ea vorbeşte de universalitatea drepturilor omului în denumirea marginală a art. 15, dar imediat face distincţia între cetăţeni şi străini, glisând către planul generalizării acestor drepturi. De altfel, un sens al acestei generalităţi pare să fi fost sensul pe care chiar Constituanta îl dădea în 1991 «universalităţii». Astfel, noţiunea pare să fie centrată în timpul dezbaterilor din 1991 pe faptul că cetăţenii au «toate drepturile», nu pe faptul că drepturile sunt garantate «tuturor oamenilor». De aceea Constituanta pare să confunde universalitatea cu egalitatea, deşi aceasta din urmă este reglementată distinct. Această atitudine, care dă seama într-adevăr de un sens real al universalităţii dar care nu îi epuizează sfera, persistă la nivelul doctrinei. Astfel, profesorul Ion Deleanu afirmă că art. 15 evocă „egalitatea deplină între cetăţeni, sub aspectul vocaţiei lor la orice drept sau libertate" (Deleanu, I., *Instituţii şi proceduri constituţionale*, C.H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 455). De asemenea profesorul Ioan Muraru, deşi afirmă că universalitatea drepturilor şi libertăţilor „se referă atât la sfera propriu-zisă a drepturilor cât şi la titularii acestora", naţionalizează imediat universalitatea sub cel de la doilea aspect, afirmând că „exprimă ideea că toţi *cetăţenii* unui stat se pot bucura de aceste drepturi şi libertăţi" (Muraru, I., Tănăsescu, E. S., *Drept constituţional şi instituţii politice*, vol. I, All Beck, Bucureşti, 2003, p. 161).

O altă problemă este dacă universalitatea priveşte atât persoanele fizice cât şi pe cele juridice. Sunt aceşti din urmă subiecţi de drept beneficiarii drepturilor şi libertăţilor fundamentale? Atât sistemele constituţionale cât şi jurisprudenţa instanţelor constituţionale dau răspunsuri diferite acestei probleme, de multe ori contradictorii.

Unele sisteme constituţionale prevăd în mod expres că drepturile fundamentale sunt acordate şi persoanelor juridice. Astfel, Constituţia Germaniei din 1949 prevede în art. 10-3 că „drepturile fundamentale se aplică de asemenea persoanelor juridice naţionale în măsura în care le sunt aplicabile având în vedere natura lor". Două condiţii sunt deci impuse: 1. dreptul să poată aparţine unui subiect care este o ficţiune juridică, neavând decât o existenţă simbolică, nu una corporală şi 2. persoana să aibă naţionalitate germană,

persoanele juridice străine nu se bucură de toate drepturile, ci doar de drepturile de natură procesuală. Curtea Constituţională Germană a extins aplicarea textului şi faţă de grupările de persoane care nu au personalitate juridică. De asemenea, Constituţia Portugaliei recunoaşte drepturile fundamentale şi persoanelor morale, nefăcând distincţie după cum au naţionalitatea portugheză sau nu. Astfel, art. 12-2 dispune că „toate persoanele juridice se bucură de drepturile şi sunt ţinute de obligaţiile care sunt compatibile cu natura lor".

Alte sisteme, printre care se numără şi cel român, au o atitudine mai restrictivă faţă de acordarea beneficiului drepturilor şi libertăţilor fundamentale persoanelor juridice. Astfel, Constituţia României pare să excludă persoanele juridice de la beneficiul drepturilor ori libertăţilor. Această interpretare a fost extrasă din art. 15C, care, deşi numit «universalitatea», se referă doar la cetăţenii români şi din art. 16 privind egalitatea în drepturi care se referă, de asemenea, la cetăţeni.

După părerea mea, protecţia drepturilor şi libertăţilor trebuie acordată tuturor persoanelor, deci şi celor juridice.

B. Consecinţele caracterului normativ al universalităţii drepturilor omului

Voi analiza doar două consecinţe ale universalităţii drepturilor omului, care sunt esenţiale pentru înţelegerea a ceea ce urmează, deci pentru remarcarea consecinţelor utilizării abuzive a noţiunii de cetăţinie în unele dispoziţii constituţionale.

a. Limitarea dreptului statului de a lega existenţa sau exerciţiul drepturilor de cetăţenie

O primă consecinţă normativă a universalităţii drepturilor omului este că atribuirea unor drepturi doar cetăţenilor nu trebuie să fie contrară unor principii universale în materia drepturilor omului. Această universalizare negativă trebuie să fie bine înţeleasă şi pragmatică: legarea unor drepturi de condiţia cetăţeniei nu trebuie să poată fi făcută decât dacă ea este necesară într-o societate democratică, dacă este compatibilă cu o societate liberală (adică, în

mod concret în sistemul nostru dacă este conformă liberei dezvoltări a personalităţii umane şi pluralismului ca o condiţie şi o garanţie a democraţiei constituţionale), dacă instaurează sau menţine dreptatea ca valoare supremă (adică în calitatea ei de echilibru contextual între principiile fundamentale ale sistemului juridic), deci dacă asigură o proporţionalitate într-un sens asemănător celei normate de art. 53C. Universalitatea impune astfel valorile supreme ca limită a naţionalizării drepturilor şi libertăţilor fundamentale. Ele sunt limita posibilităţii statului de a restrânge drepturile omului pe considerentul cetăţeniei.

Această primă consecinţă a caracterului normativ al universalităţii drepturilor omului presupune că în sistemul nostru constituţional regula este universalitatea şi nu generalitatea drepturilor omului: cetăţenii au în mod exclusiv unele drepturi în spaţiul politic, deci drepturi bazate pe libertatea-participare, care sunt ele însele uneori acordate şi străinilor, cum se întâmplă cu cei care au cetăţenia europeană în statele membre ale Uniunii Europene, dar libertatea-autonomie nu poate fi la dispoziţia suverană a statului în funcţie de legăturile politice pe care individul le are cu acesta.

Cetăţenia este preponderent o noţiune politică şi nu juridică. Drepturile sunt ale persoanei. Constituţia prescrie, prin aderarea la universalitate, că omul prevalează asupra cetăţeanului în materia libertăţilor şi drepturilor fundamentale. Dacă statul poate să-l privească pe cetăţean ca pe un organ al său, titular al unor competenţe, niciodată nu poate face acest lucru cu un om. Astfel că cetăţenia poate avea efecte când «drepturile» conferite în baza ei sunt de fapt competenţe ce ţin de legătura politică privilegiată a individului cu statul, dar nu şi în materia drepturilor şi libertăţilor fundamentale care nu sunt legate de exerciţiul unor astfel de competenţe.

Potrivit principiului universalităţii, cetăţenii au drepturi şi competenţe, omul are doar drepturi; dacă cetăţeanului, prin paralelism, îi pot fi impuse competenţe, omului nu. Acest lucru este clar în materia obligaţiilor fundamentale, dar, în mod paradoxal poate, nu este deloc clar în materia drepturilor fundamentale.

Universalitatea drepturilor omului prevăzută în Constituţia României în art. 15 trebuie interpretată, în conformitate cu art. 20 din Legea fundamentală, în sensul Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, deci în mod evident ca

garantând drepturile şi libertăţile fundamentale tuturor persoanelor care se află sub jurisdicţia statului român.

În concluzie, deşi art. 15(1)C vorbeşte doar de cetăţeni, denumirea sa marginală este normativă, ea impunând universalitatea drepturilor omului pe trei planuri: raţional, temporal şi spaţial. Referirea făcută de articol la cetăţeni trebuie înţeleasă doar în sensul că statul român ataşează acestei calităţi, şi numai ei, toate drepturile concrete, adică şi pe cele care reprezintă mai degrabă nişte competenţe ale cetăţeanului în spaţiul public, cum ar fi drepturile politice, deşi condiţia cetăţeniei pentru exercitarea acestor drepturi însele începe să se atenueze odată cu integrarea suveranităţilor în Uniunea Europeană. În schimb, statul nu poate să facă dependente drepturile de cetăţenie decât dacă respectă prin aceasta valorile supreme pe care Constituţia le impune statului român, valori care nu sunt cetăţeneşti, ci universale. Cu alte cuvinte, dacă statul poate restrânge exerciţiul *anumitor* drepturi pe criteriul cetăţeniei, această restrângere îşi găseşte limita în valorile supreme, care impun universalismul drepturilor omului *în general*, atât în ce priveşte titularii, cât şi temporal şi spaţial. Universalitatea drepturilor omului tinde astfel să limiteze suveranitatea statelor prin normativizarea anumitor valori care depăşesc pozitivizarea drepturilor particulare, pentru a garanta fiinţei umane în general condiţia de scop al organizării politice şi pentru a o feri astfel de tendinţa puterii suverane de a o transforma uneori în instrument.

b. Tot ceea ce nu este interzis este permis

În cadrul procesului de adoptare a Constituţiei din 1991 s-a propus ca art. 15 din Constituţie să fie completat cu un nou alineat cu următorul conţinut: „Cetăţenii au dreptul de a face orice nu este interzis potrivit legii" (amendamentul nr. 101, *Geneza Constituţiei României,* p. 293). Amendamentul a fost respins de Comisie cu motivarea că prevederea nu este de natură constituţională, ea nefiind, din acest motiv, prezentă în nici o constituţie, ceea ce nu este întru totul adevărat, căci Declaraţia franceză a drepturilor omului şi cetăţeanului, parte a blocului de constituţionalitate, cuprinde o astfel de dispoziţie în art. 5. Este de remarcat însă că unul dintre membri Comisiei susţine totuşi că această formulare ar fi fost „cea mai succintă şi cea mai

cuprinzătoare definiţie a «universalităţii drepturilor»", insistând însă asupra faptului că ea „ar fi avut cel puţin două neajunsuri: ar fi fost un enunţ precumpănitor filosofic şi moral; Constituţia nu s-ar mai fi înfăţişat ca o cartă a drepturilor, ci ca o lege a interdicţiilor" (Deleanu, I., *Instituţii şi proceduri constituţionale*, C. H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 456).

Chiar dacă această afirmare sintetică a unei consecinţe decisive a universalităţii drepturilor omului nu a fost cuprinsă în Constituţie, nu înseamnă că dispoziţia art. 15 nu o cuprinde în mod implicit. Simpla afirmare a universalităţii drepturilor şi libertăţilor fundamentale creează această consecinţă normativă: tot ceea ce nu este interzis este permis.

De data aceasta, universalitatea drepturilor omului nu se mai raportează la subiecţii care beneficiază de ele, ci la sfera lor: lista drepturilor şi libertăţilor fundamentale cuprinsă în Constituţie este doar exemplificativă, adică ea este «deschisă», nu «închisă» (Deleanu, I., *Instituţii şi proceduri constituţionale*, C. H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 453).

Curtea Constituţională face aplicaţia acestui caracter deschis al catalogului constituţional al drepturilor omului, introducând noi drepturi şi libertăţi fundamentale, cum este dreptul la propria imagine (Decizia nr. 54/2000, M. Of. nr. 310 din 5 iulie 2000), sau dreptul la diferenţă (Decizia nr. 70/1993, M. Of. 307 din 27 decembrie 1993). Universalitatea drepturilor omului dă această competenţă Curţii Constituţionale. Ea nu ar putea să facă o limitare a exerciţiului unui drept fundamental sau a unei libertăţi fundamentale, această competenţă aparţinând în exclusivitate Parlamentului, dar poate să suplinească anumite «scăpări» ale Constituţiei, completând catalogul drepturilor cu drepturi care nu sunt expres prevăzute.

Universalitatea drepturilor omului, privită din unghiul de vedere al sferei drepturilor omului, înseamnă că limitările libertăţii nu se prezumă, că orice limitare trebuie să fie expres prevăzută de lege. Pe de altă parte, dacă este admis ca legiuitorul să reglementeze un drept sau o libertate, „această reglementare nu trebuie să cuprindă mai mult decât este necesar garantării exerciţiului său" (Consiliul constituţional francez, Decizia nr. 82-141 DC, 27.07.1982, citată după Th. S. Renoux, M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, Paris, 2005, p. 26).

§2. Consecinţele utilizării abuzive a noţiunii de cetăţenie

Drepturile şi libertăţile cetăţenilor ca valoare fundamentală
Art. 8 coroborat cu art. 16
Art. 15
Egalitatea între cetăţeni
Art. 20
Art. 31
Art. 47
Art. 51
Art. 53
Art. 131
Art. 152

Capitolul 2. Înţelegerea greşită a principiului neretroactivităţii legii

Secţiunea 1. Probleme generate de nereatroactivatea legii

§1. Riscurile constituţionalizării generale a principiului

§2. Amalgamarea teoriei drepturilor câştigate cu cea a situaţiilor juridice definitiv constituite

§3. Determinarea defectuoasă a sferei de aplicare a principiului

§4. Slaba distingere a problemei legilor retroactive de legile retrospective

§3. Generalizarea ideii că doar C.C. este competentă în materia neretroactivităţii legii

§4. Crearea unor confuzii în ierarhia normativă prin particularizarea principiului constituţional în lege

Secţiunea 2. Principiul retroactivităţii legii penale sau contravenţionale mai favorabile

§1. Caracterul constituţional al principiului retroactivităţii legii penale sau contravenţionale mai favorabile

Principiul retroactivităţii legii penale mai favorabile este tratat, de regulă, atât de dreptul pozitiv cât şi de doctrină ca o excepţie de la principiul neretroactivităţii legii. În dreptul român, el devine însă un principiu constituţional distinct. Astfel, legiuitorul nu poate să refuze să dea efect retroactiv legilor penale mai favorabile sau să interzică aplicarea retroactivă a unei astfel de legi. Legea penală are deci efect retroactiv indiferent de voinţa legiuitorului, prin voinţa puterii constituante înseşi.

În principiu, legile penale nu retroactivează. De regulă, această neretroactivitate a legii penale este singura constituţionalizată, având în vedere caracterul represiv extrem al acestui tip de lege. Tot ca regulă generală, iar acest principiu a devenit în drept românesc unul constituţional, legea penală mai favorabilă retroactivează. Problema acestui principiu se rezumă deci la a şti ce se înţelege prin lege penală şi când o astfel de lege este mai favorabilă.

Legea de revizuire a Constituţiei nr. 429/2003, aprobată prin referendumul

naţional din 18-19 octombrie 2003[1], a extins principiul retroactivităţii obligatorii, impunându-l şi pentru legile contravenţionale mai favorabile. Această extindere este conformă jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului, care interpretează noţiunea de „materie penală" într-o manieră extensivă, utilizând un criteriu material, cuprinzând în această sferă toate normele ce dispun o sancţiune care are în acelaşi timp caracter preventiv, disuasiv (de descurajare a comportamentelor de natura celui sancţionat) şi represiv (punitiv). Această sferă cuprinde deci şi ceea ce în dreptul nostru se numeşte „contravenţie"[2]. Vom discuta deci şi noţiunea de lege contravenţională şi condiţiile în care ea trebuie considerată mai favorabilă.

§2. Noţiunile de „lege penală" şi „lege contravenţională"

Noţiunea de lege penală trebuie să fie una clară, având în vedere gravitatea sancţiunilor penale. Conform art. 141 C. pen. prin „lege penală" se înţelege „orice dispoziţie cu caracter penal cuprinsă în legi sau decrete". Desigur că referirea la „decrete" este una explicabilă din punct de vedere istoric, având în vedere rolul pe care această categorie de acte normative l-a jucat în istoria României, dar desuetă, căci în sistemul românesc actual principiul fundamental al dreptului penal este cel al legalităţii infracţiunilor şi pedepselor, ceea ce înseamnă că doar legea, ca act juridic al Parlamentului, poate fi izvor de drept penal, cu excepţia, admisă de Curtea Constituţională, dar în opinia noastră într-un mod eronat, a ordonanţelor de urgenţă[3].

Este de remarcat, pe de altă parte, că definiţia legală pare tautologică, căci defineşte „legea penală" prin „caracterul penal". Este o lege penală cea care

[1] Publicată în M.Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003.

[2] CEDO, 24.02.1994, *Bendenoun c/France*; CEDO, 23.09.1998, *Malige c/France* (http://www.echr.coe.int/).

[3] Vom trata această problemă într-un studiu distinct în care o să comentăm art. 23 din Constituţie – a se vedea, *H. Diaconescu*, Legea penală în raport cu timpul, în *H. Diaconescu, Gh. Dănişor, A. Oroveanu-Hanţiu, R. Răducanu*, Timpul şi legea penală, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2007, p. 54-56.

prevede infracţiunile şi modul sancţionării acestora. Infracţiunea este definită de art. 17 din Codul penal ca fiind „fapta care prezintă pericol social, săvârşită cu vinovăţie şi prevăzută de legea penală". Desigur că, de regulă, legiuitorul prevede expres că fapta descrisă în ipoteza normei este o infracţiune şi în acest caz legea care o cuprinde este deci penală, chiar dacă obiectul ei principal de reglementare ţine de un alt domeniu al relaţiilor sociale.

Dacă însă legiuitorul nu prevede expres că fapta este infracţiune, atunci natura şi gravitatea pedepsei este cea care va sta la baza calificării legii care o prevede ca fiind penală. În dreptul nostru, urmare a Legii de revizuire a Constituţiei din 2003, sancţiunea privativă de libertate nu poate fi decât de natură penală[4]. Deci orice faptă pentru care legea prevede o astfel de sancţiune este infracţiune, iar legea care o prevede este lege penală, supusă deci principiului de aplicare în timp prevăzut de art. 15 alin. (2) din Constituţie.

Principiul retroactivităţii obligatorii priveşte doar legea penală mai favorabilă, nu şi legea procesual penală, care este doar de imediată aplicare. Trebuie deci, pentru o corectă aplicare a principiului stabilit în art. 15 alin. (2) din Constituţie, ca legea penală să fie clar distinsă de legea procesual penală. Lucrul pare clar: legea penală este cea care stabileşte infracţiunile şi pedepsele, iar legea procesual penală cea care determină modalităţile de identificare şi de tragere la răspundere penală a celor care săvârşesc fapte penale. Cele două sfere sunt însă atât de indisolubil legate încât uneori calitatea legii penale depinde în mod esenţial de calitatea sistemului procesual care o pune în aplicare[5]. Această dependenţă calitativă face ca problema aprecierii caracterului mai favorabil al unei legi penale să trebuiască să fie raportată la calitatea procedurii prin care ea este pusă în aplicare.

Credem că legea procesual penală retroactivează în mod obligatoriu dacă de ea depinde modul soluţionării mai favorabile a fondului cauzei. De exemplu, când legea nouă condiţionează punerea în mişcare a acţiunii penale de introducerea unei plângeri prealabile sau de încuviinţarea unui organ şi în cazul

[4] Art. 23 alin. (13) din Constituţie.

[5] A se vedea, *F. Desportes, F. Le Gunehec*, Droit pénal général, Ed. Economica, Paris, 2001, p. 4-5.

concret aceasta nu a intervenit, ea este legea mai favorabilă şi se aplică retroactiv[6].

Legea procesual penală nu retroactivează însă dacă o astfel de aplicare este mai nefavorabilă acuzatului în materie penală. De exemplu, fostul Tribunal Suprem[7] susţinea că dacă sub legea veche o cauză a fost judecată în primă instanţă de către un organ necompetent după materie, însă ulterior, mai înainte de soluţionarea recursului, o nouă lege dă respectivului organ competenţa materială de a judeca acea cauză, judecata efectuată şi nulă sub legea veche, devine valabilă sub legea nouă şi nu mai poate opera nulitatea pentru necompetenţă, în aceste condiţii legea nouă retroactivând. Credem că, în condiţiile constituţionalizării principiului neretroactivităţii şi a prevederii constituţionale a principiului retroactivităţii legii penale mai favorabile, o astfel de soluţie nu mai poate fi valabilă, căci ea este mai nefavorabilă persoanei acuzate.

Este în general admis faptul că, în anumite condiţii, tratatele internaţionale pot fi izvoare de drept penal[8]. Dacă însă tratatele creează obligaţii doar pentru state, acestea angajându-se să reprime penal anumite categorii de fapte, atunci aplicabile subiecţilor de drept în ordinea internă sunt doar legile prin care statul se conformează obligaţiilor din tratat. Aceasta înseamnă că problema caracterului mai favorabil şi deci a retroactivităţii nu se pune cu privire la aceste tratate, ci doar la legile interne. Dacă tratatele internaţionale cuprind reglementări substanţiale în materia dreptului penal, atunci ele se aplică retroactiv dacă aceste reglementări sunt mai favorabile decât legea internă altfel aplicabilă.

---

[6] A se vedea, *C. Niculeanu*, *Curs de drept penal. Partea generală*, Ed. Sitech, Craiova, 200, p. 55-56; *A. Oroveanu-Hanţiu*, Consideraţii generale cu privire la efectele curgerii timpului în dreptul procesual penal, în *H. Diaconescu, Gh. Dănişor, A. Oroveanu-Hanţiu, R. Răducanu*, op. cit., p. 214.

[7] Trib. Suprem, secţia penală, decizia nr. 689/1971, CD 1971, p. 430, apud *A. Oroveanu-Hanţiu*, op. cit., în *H. Diaconescu, Gh. Dănişor, A. Oroveanu-Hanţiu, R. Răducanu*, op. cit., p. 214-215.

[8] A se vedea, *C. Bulai, B.N. Bulai*, Manual de drept penal. Partea generală, Ed. Universul Juridic, Bucureşti, 2007, p. 82-83.

O situaţie aparte o reprezintă cazul crimelor contra umanităţii. Conform art. 7 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, neîndeplinirea principiului legalităţii infracţiunilor şi pedepselor nu poate fi invocată de persoanele „vinovate de o acţiune sau de o omisiune care, în momentul săvârşirii sale, era considerată infracţiune potrivit principiilor generale de drept recunoscute de naţiunile civilizate”[9]. Aceasta înseamnă că o astfel de faptă va putea duce la tragerea la răspundere penală a celor care au săvârşit-o chiar dacă fapta nu constituia infracţiune în dreptul intern la data săvârşirii ei. Aceasta explică, de exemplu, aplicarea retroactivă a Rezoluţiei Consiliului de Securitate al O.N.U. responsabililor de faptele de „purificare etnică” săvârşite pe teritoriul fostei Iugoslavii de către Tribunalul Penal Internaţional pentru fosta Iugoslavie de la Haga[10]. Convenţia Europeană a Drepturilor Omului face parte din dreptul nostru intern, în baza art. 11 din Constituţie, ceea ce înseamnă că sistemul nostru admite aplicarea retroactivă a legii penale în cazul faptelor care la data săvârşirii lor constituiau infracţiuni potrivit principiilor generale de drept recunoscute de naţiunile civilizate. Interpretarea dispoziţiilor constituţionale privind drepturile şi libertăţile fundamentale în conformitate cu Convenţia, la care ne obligă art. 20 din Constituţie, instituie deci o excepţie de la principiul neretroactivităţii pe care art. 15 alin. (2) din Constituţie nu o prevede expres.

Noţiunea de lege contravenţională nu este nici ea atât de clară cum pare. Art. 1 din Legea nr. 180 din 11 aprilie 2002 pentru aprobarea Ordonanţei Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravenţiilor[11] defineşte contravenţia ca fiind „fapta săvârşită cu vinovăţie, stabilită şi sancţionată prin lege, ordonanţă, prin hotărâre a Guvernului sau, după caz, prin hotărâre a consiliului local al comunei, oraşului, municipiului sau al sectorului municipiului Bucureşti, a consiliului judeţean ori a Consiliului General al Municipiului Bucureşti”. Acelaşi text determină scopul legii contravenţionale

[9] A se vedea, *C. Bîrsan*, Convenţia europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi şi libertăţi, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2005, p. 589-590; Comisia Europeană a Drepturilor Omului, *Aff. Tovier c. France,* 13 ianuarie 1997, nr. 29420/1995, DR nr. 88-A, p. 161.

[10] A se vedea, *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op.cit., p. 15.

[11] M.Of. nr. 268 din 22 aprilie 2002.

ca fiind apărarea valorilor sociale care nu sunt ocrotite prin legea penală. Sancţiunile contravenţionale sunt stabilite de art. 5 din Ordonanţa Guvernului nr. 2/2001, aşa cum a fost modificat şi completat de Legea nr. 180/2002 şi de Ordonanţa de Urgenţă a Guvernului nr. 108/2003 pentru desfiinţarea închisorii contravenţionale[12]. Conform acestor dispoziţii, „(1) Sancţiunile contravenţionale sunt principale şi complementare. (2) Sancţiunile contravenţionale principale sunt: a) avertismentul; b) amenda contravenţională; c) prestarea unei activităţi în folosul comunităţii. (3) Sancţiunile contravenţionale complementare sunt: a) confiscarea bunurilor destinate, folosite sau rezultate din contravenţii; b) suspendarea sau anularea, după caz, a avizului, acordului sau a autorizaţiei de exercitare a unei activităţi; c) închiderea unităţii; d) blocarea contului bancar; e) suspendarea activităţii agentului economic; f) retragerea licenţei sau a avizului pentru anumite operaţiuni ori pentru activităţi de comerţ exterior, temporar sau definitiv; g) desfiinţarea lucrărilor şi aducerea terenului în starea iniţială. (4) Prin legi speciale se pot stabili şi alte sancţiuni principale sau complementare. (5) Sancţiunea stabilită trebuie să fie proporţională cu gradul de pericol social al faptei săvârşite. Sancţiunile complementare se aplică în funcţie de natura şi de gravitatea faptei şi pot fi cumulate". Conform art. 15 alin. (2) din Constituţie orice lege care prevede contravenţii sau astfel de sancţiuni trebuie să se aplice retroactiv, dacă este mai favorabilă.

Cum am văzut, Curtea Europeană a Drepturilor Omului interpretează extensiv noţiunea de „acuzaţie în materie penală", introducând în sfera penală toate normele care cuprind măsuri care pot fi interpretate ca sancţiuni pentru că au în acelaşi timp un caracter represiv şi disuasiv. Curtea arată că „trei criterii determină existenţa unei «acuzaţii în materie penală»: calificarea juridică drept infracţiune în dreptul intern, natura însăşi a acesteia şi natura şi severitatea sancţiunii"[13]**.** Curtea a decis, de exemplu, că sancţiunea retragerii punctelor permisului de conducere prezintă în acelaşi timp un „caracter punitiv şi disuativ

[12] M.Of. nr. 747 din 26 octombrie 2003.

[13] *Pierre-Bloch c. France*, 21 octombrie 1997, Recueil 1997-VI, p. 2224, § 53; *Malige c/France*, 23.09.1998 (*http://www.echr.coe.int/*, § 35).

şi apare deci ca o pedeapsă accesorie"; „voinţa legiuitorului de a disocia sancţiunea retragerii punctelor de alte pedepse pronunţate de judecătorul penal nu îi va schimba natura"; Curtea „concluzionează deci, în acelaşi sens cu Comisia, că articolul 6 § 1 este aplicabil"[14]. De asemenea, majorările de impozit sunt, în anumite circumstanţe, de natura „acuzaţiei în materie penală" în sensul art. 6 § 1 din Convenţia Europeană a Drepturilor Omului, chiar dacă în dreptul intern ele sunt calificate drept sancţiuni fiscale, nu penale. Astfel, în *Afacerea Bendenoun c/France* Curtea afirmă, contra susţinerilor Guvernului francez care invoca natura fiscală a sancţiunii în dreptul francez, că „majorările de impozit nu tind către o reparaţie pecuniară a unui prejudiciu, ci vizează, în esenţă, să pedepsească pentru a împiedica reiterarea unor comportamente asemănătoare. (…) Ele se fondează pe o normă cu caracter general al cărei scop este în acelaşi timp preventiv şi represiv. În fine, sancţiunea are în fapt o amploare considerabilă". În consecinţă, Curtea „atrage atenţia asupra caracterului predominant a ceea ce prezintă o coloratură penală", ceea ce o face să decidă că „«acuzaţia» litigioasă are un «caracter penal» în sensul articolului 6 § 1, care trebuie deci să i se aplice"[15].

În dreptul nostru, materia penală este reglementată distinct de cea contravenţională. Cele două tipuri de sancţiuni sunt însă gândite într-o continuitate a finalităţii, legea contravenţională apărând valorile sociale care nu sunt ocrotite de legea penală. După părerea noastră, în baza jurisprudenţei Curţii Europene a Drepturilor Omului, trebuie să aplicăm favoarea acordată de art. 15 alin. (2) din Constituţie, impunând retroactivitatea normei mai favorabile, tuturor legilor care cuprind sancţiuni care pot fi interpretate ca fiind represive şi disuasive (preventive prin descurajarea comportamentelor ilegale de aceeaşi natură), deci *material* „contravenţionale". Deci, chiar dacă sancţiunea nu este calificată drept contravenţională în mod expres de către dreptul intern, ea va fi calificată ca fiind contravenţională dacă scopul ei este reprimarea unei fapte contrare legii sau descurajarea săvârşirii unei astfel de fapte, chiar dacă în mod formal ea este calificată ca fiind doar reparatorie. De exemplu, penalităţile de

[14] *Malige c/France*, § 39-40.
[15] *Bendenoun c/France*, 24 februarie 1994 (http://www.echr.coe.int/, § 47).

întârziere în cazul neachitării în termen a sarcinilor fiscale pot fi judecate ca sancţiuni material contravenţionale, dacă prin cuantumul lor nu au doar scopul de a acoperi prejudiciul suferit ci de a reprima acest gen de comportament şi de a descuraja ceilalţi subiecţi de drept să întârzie plata impozitelor. O lege care prevede o astfel de sancţiune, mai favorabilă persoanei faţă de cea stabilită în legea în vigoare la data producerii situaţiei juridice, se va aplica retroactiv, în baza art. 15 alin. (2) din Constituţie, contra calificării formale a legiuitorului, datorită obligaţiei, stabilită de art. 20 din Constituţie, de a interpreta dispoziţiile constituţionale privind drepturile şi libertăţile fundamentale în concordanţă cu tratatele la care România este parte.

§3. Noţiunea de lege penală sau contravenţională mai favorabilă

Dreptul nostru pare să ierarhizeze el însuşi sancţiunile în funcţie de gravitatea lor. Sancţiunile penale sunt mai grave decât sancţiunile contravenţionale. Sancţiunile privative de libertate sunt mai grave decât cele pecuniare. Sancţiunea cu închisoarea este mai gravă decât cea a internării într-un centru de reeducare. Totuşi această ierarhizare formală poate fi contestată în cauza concretă, având în vedere circumstanţele cauzei şi persoanei făptuitorului şi consecinţele concrete ale aplicării sancţiunilor respective. De exemplu, o lege nouă poate stabili că o faptă, care era calificată drept infracţiune de legea veche, sub imperiul căreia fapta a fost săvârşită, este contravenţie. Această dezincriminare penală trebuie interpretată ca fiind mai favorabilă.

Dar dacă noua lege stabileşte o sancţiune contravenţională pecuniară importantă şi covârşitoare pentru situaţia financiară a făptuitorului, faţă de o sancţiune minimă privativă de libertate, această ierarhizare legală a pericolului faptelor şi a gravităţii sancţiunilor poate să fie strict iluzorie în funcţie de circumstanţele cauzei şi de persoana făptuitorului. Pentru persoana care suportă sancţiunea poate fi mai uşor să fie privată de libertate o perioadă scurtă, decât să plătească o perioadă îndelungată o amendă costisitoare, expunându-se riscurilor unei executări silite, care ar putea-o lipsi de un nivel de trai decent şi care ar putea afecta şi persoanele aflate în raporturi de familie cu cel pedepsit, mai ales că instanţa noastră constituţională pare să creadă că solidaritatea înseamnă

extinderea sarcinilor fiscale către membrii familiei [a se vedea, de exemplu, Decizia Curţii Constituţionale nr. 49/1994: „prevederile art. 8 alin. 1 din Legea privind impozitul pe venitul agricol instituie obligaţii de solidaritate, în vederea asigurării încasării impozitului. Faptul că această solidaritate *priveşte nu numai subiectul impozabil*, ci şi persoanele care locuiesc, gospodăresc cu contribuabilul şi beneficiază împreună cu acesta de veniturile realizate în gospodărie, nu constituie o încălcare a prevederilor art. 53 alin. (2) din Constituţie. Instituirea obligaţiei solidare are în vedere tripla calitate cumulativă a debitorilor de a locui, gospodări şi beneficia, împreună cu contribuabilul, de veniturile agricole obţinute. Aceşti debitori produc împreună cu contribuabilul venitul agricol respectiv şi beneficiază de el, astfel încât garanţia pe care o reprezintă solidaritatea este justă, în sensul constituţional al termenului cuprins în art. 53 alin. (2), fiind echitabil ca oricine realizează un venit să aibă obligaţia plăţii unui impozit”[16]].

Gravitatea sancţiunii pecuniare poate să justifice calificarea ei ca ţinând de „materia penală” aşa cum este determinată aceasta de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. În acest caz, nu mai poate fi aplicată automat ierarhizarea legală a pedepselor, ci judecată ca fiind mai favorabilă legea care produce *in concreto* consecinţe mai puţin grave pentru persoana supusă sancţiunii şi deci aplicată retroactiv acea lege.

Garantarea constituţională a unui nivel de trai decent, are în acest context şi sensul de a garanta că pedepsele pecuniare nu pun în pericol mijloacele minime de subzistenţă ale persoanei. Este adevărat că legea determină nivelul maxim al amenzilor contravenţionale, dar aceste niveluri se pot dovedi în cazul concret disproporţionate. Proporţionalitatea sancţiunii contravenţionale cu gradul de pericol social al faptei, stabilită în lege, trebuie înţeleasă şi în sensul că o sancţiune disproporţionată nu mai poate fi calificată drept contravenţională, ci trebuie calificată ca penală.

§4. Modul de determinare a legii penale sau contravenţionale mai favorabile

[16] Decizia nr. 49/1994, M. Of. nr. 125 din 21 mai 1994.

Nici Constituţia, nici Codul penal nu prevăd criterii cu privire la modul de determinare a caracterului mai favorabil al legii. O primă regulă am analizat-o mai sus: calificarea legală a regulilor ca fiind penale sau contravenţionale, ori ca excedând acestor două categorii, este, în materia aprecierii aplicabilităţii principiului retroactivităţii legii mai favorabile, doar indicativă pentru instanţă, ca şi ierarhizarea legală a gravităţii pedepselor, judecătorul trebuind să aprecieze *in concreto* atât calificarea legii, cât şi gravitatea pedepselor, în raport de consecinţele concrete pe care aplicarea pedepsei le va avea asupra persoanei care suportă pedeapsa[17] .

Legea penală sau cea contravenţională pot să cuprindă dispoziţii exclusiv mai favorabile sau mai defavorabile persoanei care urmează a fi trasă la răspundere sau pot cuprinde unele dispoziţii mai favorabile şi altele mai nefavorabile acestei persoane, ceea ce complică şi mai mult problema. Ne vom ocupa mai întâi de prima categorie, distingând între legile referitoare la incriminare şi cele referitoare la pedepse, pentru ca apoi să abordăm criteriile de aplicabilitate a retroactivităţii în cazul în care legea este sub anumite aspecte mai favorabilă, iar sub altele mai severă.

A. Distingerea dispoziţiilor mai favorabile de cele mai nefavorabile în cazul legilor relative la incriminare

Legile exclusiv mai favorabile sau mai defavorabile pot fi împărţite în două categorii: *legile referitoare la încriminarea unor fapte* şi *cele referitoare la pedepsele aplicabile faptelor încriminate*.

În categoria *legilor referitoare la încriminare* sunt legi penale mai favorabile cele care dezincriminează o faptă care până atunci era calificată ca infracţiune sau contravenţie sau care îi reduc câmpul de aplicare. De asemenea, sunt mai favorabile legile care introduc o cauză de iresponsabilitate sau un fapt justificativ sau, în general, orice nou obstacol în calea aplicării legii penale.

[17] În sensul necesităţii aprecierii *in concreto* a caracterului mai favorabil al legii penale, a se vedea *C. Bulai, B.N. Bulai, op. cit.*, p. 139-140.

Legea care introduce condiţii suplimentare pentru ca fapta să fie infracţiune sau contravenţie este la rândul ei mai favorabilă, dacă acestea nu sunt îndeplinite în fapt[18]. Totuşi, uneori, aceste categorii nu sunt uşor aplicabile.

Astfel, suprimarea unei incriminări nu duce automat la imposibilitatea de a angaja răspunderea penală sau contravenţională dacă fapta rămâne infracţiune sau contravenţie sub o altă calificare. Ceea ce trebuie apreciat atunci pentru a determina caracterul mai favorabil sau mai sever al legii sunt *pedepsele aplicabile*. Desigur, dacă incriminarea unei fapte este modificată doar în sensul reformulării redactării sau a prezentării, atunci modificările sunt neutre din punctul de vedere al aplicării în timp a legii[19] .

De asemenea, introducerea unor condiţii suplimentare pentru ca o faptă să fie calificată drept infracţiune poate duce la complicaţii. Dacă aceste condiţii nu sunt prevăzute în legea penală, ci în cea civilă, ar trebui aplicată noua lege retroactiv? De exemplu, o lege nu mai recunoaşte căsătoria religioasă ca valabilă, deşi legea veche o recunoştea. Răspunde penal pentru bigamie o persoană care a încheiat, înainte de intrarea în vigoare a legii noi, o căsătorie religioasă deşi era căsătorită civil? Caracterul penal al legii noi este cel discutabil în acest caz. Răspunsul la această problemă l-am oferit mai înainte: nu calificarea legală a naturii legii este importantă, ci natura sancţiunii pe care ar putea-o suporta persoana.

Sunt mai severe legile penale sau contravenţionale care creează o nouă incriminare sau care lărgesc sfera unei incriminări existente, ori care prevăd pentru o anumită infracţiune care putea avea ca subiect activ persoana fizică tragerea la răspundere din punct de vedere penal şi a persoanei juridice în numele căreia a acţionat persoana fizică, ori care suprimă o cauză de iresponsabilitate[20].

B. Legea mai favorabilă prin raportare la pedepse

[18] A se vedea *C. Bulai, B.N. Bulai*, op. cit., p. 137-138; *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op. cit., p. 285.
[19] *F. Desportes, F. Le Gunehec, op. cit.*, p. 286.
[20] Ibidem.

Aprecierea caracterului mai favorabil sau mai puţin favorabil al legii penale sau contravenţionale prin raportare la pedepsele aplicabile trebuie făcută pornind de la următoarele reguli: se vor avea în vedere sub acest aspect atât legile referitoare la regimul general al pedepselor, cât şi cele care modifică cuantumul pedepselor. Dacă o lege nouă stabileşte un regim sancţionator sau o sancţiune mai blândă ea este mai favorabilă şi se aplică retroactiv.

Criteriile de determinare a caracterului mai blând al pedepsei sunt, de regulă, următoarele: ierarhizarea legală a pedepselor, cuantumul pedepselor, limitele libertăţii de apreciere lăsate judecătorului şi modul de cumulare a pedepselor.

Astfel, o lege care transformă o infracţiune într-o contravenţie este mai favorabilă. O lege care suprimă o pedeapsă, înlocuind-o cu o măsură reparatorie, este mai favorabilă. O lege care stabileşte o pedeapsă de acelaşi tip, dar în cuantum mai mic, este mai favorabilă. Este mai favorabilă legea care prevede numai pedeapsa amenzii penale faţă de legea care stabilea şi pedeapsa închisorii. Dacă o lege prevede posibilitatea aplicării amenzii în cazul reţinerii circumstanţelor atenuante, iar cealaltă nu prevede această posibilitate, prima lege este mai favorabilă, în cazul în care instanţa hotărăşte luarea în considerare a unor asemenea circumstanţe. De asemenea, este mai favorabilă o lege care stabileşte noi circumstanţe atenuante judiciare sau care lasă judecătorului posibilitatea de a suspenda executarea pedepsei.

Totuşi, uneori, aceste criterii sunt dificil aplicabile. Am văzut mai sus că trebuie uneori schimbată în cazul concret fie calificarea legală a faptei ca fiind penală sau contravenţională, fie ierarhizarea legală a pedepselor, în vederea determinării legii aplicabile în temeiul art. 15 alin. (2) din Constituţie. Astfel, s-a putut susţine că „de o manieră generală, natura criminală, corecţională sau contravenţională a pedepselor în prezenţă nu pare să mai constituie, prin ea însăşi, un criteriu determinant de apreciere (…). Singurul lucru care trebuie luat de acum înainte în consideraţie este conţinutul, modalităţile şi cuantumul pedepselor”[21]. De asemenea, s-a reţinut că „natura diferită a pedepselor din

[21] Idem, p. 289.

legile penale succesive conduce la stabilirea legii penale mai favorabile numai dacă sunt incidente şi alte instituţii de drept penal”[22]. „Spre exemplu: nu întotdeauna legea care prevede pedeapsa amenzii este mai favorabilă infractorului într-un caz concret, faţă de o lege care ar prevedea pedeapsa închisorii, dacă prin efectul circumstanţelor atenuante prevăzute în legea ce prevede închisoarea s-ar putea ajunge la pedeapsa amenzii într-un cuantum mai mic decât cel care s-ar fi stabilit după cealaltă lege”[23].

Tot mai favorabilă este legea care suprimă sau diminuează o pedeapsă complementară. O parte a doctrinei româneşti consideră că „la stabilirea legii mai favorabile sub raportul pedepsei se ţine seama de pedepsele principale prevăzute în legile succesive, iar nu de pedepsele complementare. Cu privire la acestea din urmă, ţinându-se seama de rolul lor în prevenirea infracţiunilor, la determinarea legii penale incidente se are în vedere principiul legii mai conforme cu interesele apărării sociale. Cum legea mai conformă este legea nouă, dispoziţiile acesteia urmează să se aplice întotdeauna în situaţii tranzitorii, în ceea ce priveşte pedeapsa complementară”[24].

O altă parte a doctrinei consideră că în determinarea legii penale mai favorabile un rol pot avea şi pedepsele complementare, „dacă pedepsele principale sunt de aceeaşi natură şi între aceleaşi limite”[25].

---

[22] *C. Mitrache*, Drept penal. Partea generală, T.U.B., 1983, p. 46-47.

[23] *C. Mitrache, op. cit.*, p. 47. A se vedea *C. Bulai,* Drept penal. Partea generală, T.U.B., 1979, p. 245, referindu-se la sentinţa penală nr. 44/1969 a judecătoriei Hunedoara, în Revista Română de Drept nr. 4/1969, p. 173, cu notă critică de *V. Coca, N. Munteanu*.

[24] *C. Bulai, B.N. Bulai*, op. cit., p. 138. Această opinie este bazată pe prevederile art. 13 alin. (2) C.pen. A se vedea în acelaşi sens *V. Mirişan*, Drept penal. Partea generală, Ed. Lumina Lex, Bucureşti, 2007, p. 52; *C. Niculeanu*, op. cit., p. 56; *A. Boroi*, Drept penal. Partea generală, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 81; *V. Ponta, R. Nemeş, M. Mitroi*, Drept penal. Partea generală, Ed. Lumina Lex, 2004, p. 35, afirmă: „criteriul de determinare al legii penale mai favorabile cel mai des folosit este cel al pedepselor principale”, părând, deşi nu explică acest lucru, că admit că ar putea fi luate în calcul şi pedepsele complementare; aceeaşi formulare este folosită de *V. Ponta, D. M. Dragnea, M. Mitroi*, Drept penal. Partea generală, Ed. Hamangiu, 2006, p. 50.

[25] *C. Mitrache*, op. cit., p. 47; *M.A. Hotca*, Codul Penal. Comentarii şi explicaţii, Ed. C. H. Beck, 2007, p. 174; *I. Pascu*, Drept penal. Partea generală, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2007, p.

Din punctul nostru de vedere, prima interpretare a art. 13 alin (2) C. pen. este forţată. Textul are în vedere soarta măsurilor complementare când *s-a decis deja* că legea anterioară *este mai favorabilă*, dispunând că se aplică măsurile complementare în cuantumul prevăzut în legea nouă, dacă măsurile complementare din legea veche au corespondent în legea nouă, iar cele care nu mai sunt prevăzute în legea nouă nu se mai aplică. Nu putem trage de aici concluzia, indiferent ce tip de interpretare am aplica în concret, că pedepsele complementare nu trebuie avute în vedere la determinarea caracterului mai favorabil sau mai sever al legii penale. Pe de altă parte, este clar că art. 13 alin. (2) C. pen. nu prevede implicit că pedepsele complementare din legea nouă sunt mai favorabile[26].

Pe de altă parte, nu credem nici în justeţea opiniei care afirmă că doar în cazul identităţii naturii şi cuantumului pedepsei principale, cele complementare pot sta la baza calificării legii penale ca fiind mai favorabilă sau nu, mai ales, că aşa cum am văzut, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, determină chiar caracterul penal al sancţiunii în raport de gravitatea ei concretă, indiferent de calificarea ei legală ca nepenală. Ierarhizarea legală a pedepselor în principale şi complementare poate, cu atât mai mult să fie pusă sub semnul întrebării.

Gravitatea pedepselor complementare poate fi decisivă în aprecierea caracterului mai favorabil sau mai sever al legii penale. Aceasta pentru că aceste pedepse complementare pot afecta în mod disproporţionat anumite drepturi şi libertăţi fundamentale. De exemplu, una dintre pedepsele complementare era, până la adoptarea Constituţiei din 8 decembrie 1991, confiscarea averii. Tocmai pentru că această sancţiune complementară a fost considerată de puterea constituantă ca afectând în mod disproporţionat dreptul fundamental la proprietate, ea a fost abrogată implicit prin interzicerea constituţională a confiscării averii. Nu poate fi deci indiferentă judecării caracterului mai favorabil sau mai nefavorabil al unei norme penale instituirea, modificarea sau renunţarea prin lege la o pedeapsă care afectează regimul de

103; *I. Pitulescu, T. Medeanu*, Drept penal. Partea generală, Lumina Lex, Bucureşti, 2006, p. 86.

[26] *C. Mitrache*, op. cit., p. 47.

exercitare a drepturilor fundamentale (dreptul de a alege şi a fi ales, dreptul la muncă, dreptul la viaţă familială etc.). O pedeapsă complementară nu este neapărat mai puţin gravă decât una principală. Caracterul complementar al sancţiunii priveşte raportul de dependenţă al unei sancţiuni faţă de alta, nu o ierarhizare a gravităţii sancţiunilor.

La fel se întâmplă şi cu pedepsele accesorii. Am văzut deja că într-o materie calificată de legislaţia noastră ca fiind contravenţională, Curtea Europeană a decis că retragerea punctelor permisului de conducere, care este accesorie pedepsei principale cu amenda contravenţională, ţine de sfera „acuzaţiei în materie penală" în sensul art. 6 din Convenţie, Curtea afirmând că ea este o pedeapsă accesorie de natură penală, chiar dacă legislaţia franceză o califica drept pedeapsă administrativă[27]. Curtea consideră, în ceea ce priveşte gravitatea sancţiunii, că retragerea punctelor permisului poate antrena la termen pierderea valabilităţii permisului de conducere şi că este incontestabil că dreptul de a conduce un vehicul cu motor se arată a fi de mare utilitate pentru viaţa curentă şi pentru exercitarea unei activităţi profesionale. Curtea consideră deci că pedeapsa accesorie şi nu cea principală este determinantă în judecarea caracterului preponderent penal al sancţiunii, contra calificării ei din dreptul intern. Extrapolând, având în vedere că pedepsele complementare sau accesorii pot afecta exerciţiul unor drepturi fundamentale într-o manieră excesivă, ele pot constitui un criteriu de apreciere a caracterului mai favorabil sau mai sever al unei legi penale sau contravenţionale, chiar dacă pedeapsa principală nu este de aceiaşi natură şi între aceleaşi limite în legile succesive, căci pedeapsa complementară sau accesorie se poate dovedi, în unele circumstanţe, mai gravă decât cea principală. De exemplu, în dreptul românesc, în cazul contravenţiilor privind circulaţia pe drumurile publice sancţionate cu pedeapsa principală a amenzii şi pedeapsa accesorie a retragerii punctelor permisului de conducere, pedeapsa accesorie poate deveni în mod evident mai gravă decât cea principală.

În ceea ce priveşte măsurile de siguranţă (obligarea la tratament medical, internarea medicală, interzicerea unei funcţii sau profesii, interzicerea de a se afla în anumite localităţi, expulzarea, confiscarea specială şi interdicţia de a

[27] *Malige c. France*, § 39.

reveni în locuinţa familiei pe o perioadă determinată), există rezerve în doctrina penală cu privire la posibilitatea de a impune aplicarea lor retroactivă. Ar fi astfel justificată „aplicarea retroactivă a acelor măsuri de siguranţă care au un pronunţat caracter de protecţie a persoanei infractorului, considerându-se însă necesar să fie respinse acele măsuri de siguranţă care prin caracterul lor pronunţat aplicativ constituie veritabile pedepse, aducând atingere libertăţii individului[28]. Aceste rezerve, exprimate faţă de o legislaţie care nu consacră constituţional principiul neretroactivităţii legii penale, sunt cu atât mai justificate în contextul în care prin Constituţia României acest principiu este consacrat expres, iar excepţiile sunt de strictă interpretare"[29]. Totodată, aceasta înseamnă că în aprecierea legii penale mai favorabile poate fi luată în calcul şi aprecierea acestor măsuri de siguranţă.

În ceea ce priveşte aprecierea caracterului mai favorabil sau mai nefavorabil prin raportare la modul aplicării sancţiunii, trebuie subliniat că o lege este cu atât mai favorabilă cu cât cel care poate să o aplice are un statut mai pregnant de independenţă şi de imparţialitate. De exemplu, va fi mai favorabilă o lege contravenţională a cărei sancţiune poate fi aplicată doar de un magistrat independent, în sensul Convenţiei Europene a Drepturilor Omului, decât cea care dă competenţa aplicării sancţiunii unui funcţionar aflat în raporturi de subordonare ierarhică. Astfel, dacă o lege contravenţională prevede că retragerea punctelor permisului de conducere este făcută de către un agent de poliţie în mod automat ca o pedeapsă accesorie pedepsei principale în cazul săvârşirii unei contravenţii determinate este mai puţin favorabilă decât o lege care dă această competenţă procurorului şi cu atât mai mult decât o lege care dă această competenţă judecătorului. O lege nouă care ar schimba modalitatea de aplicare a sancţiunii, dând-o în competenţa exclusivă a judecătorului, trebuie în acest caz aplicată nu imediat, ci retroactiv, căci de calitatea procedurii depinde natura însăşi a sancţiunii aplicate.

În ceea ce priveşte limitele de apreciere lăsate de lege judecătorului, trebuie

[28] A se vedea, *R. Merle, A. Vitu,* Traité de droit criminel, Editions Cujas, Paris, 1973, p. 262 şi p. 274-275.
[29] *V. Paşca*, Constituţia şi Codul penal, Ed. All Beck, Bucureşti, 2002, p. 18.

considerate mai favorabile legile penale sau contravenţionale care lasă judecătorului posibilităţi mai largi de a aprecia în favoarea persoanei care suportă sancţiunea. Sunt, dimpotrivă, mai puţin favorabile legile care suprimă sau reduc posibilitatea unei amenajări mai favorabile a executării pedepsei[30].

Ca o concluzie, am putea cita o decizie a Înaltei Curţi de Casaţie şi Justiţie, conform căreia, „pentru stabilirea legii penale mai favorabile trebuie să se ţină seama de toate normele penale care îşi pot găsi aplicarea în cauză, inclusiv de cele care stabilesc cuantumul sancţiunilor administrative, iar instanţa are obligaţia să aplice legea penală care este mai favorabilă inculpatului cu privire la toate măsurile susceptibile de a fi luate în cauză”[31].

C. Conflictul între criterii

Uneori, criteriile stabilite mai sus intră în conflict. De exemplu, dacă executarea unei pedepse cu închisoarea poate fi suspendată de la început de instanţă, ar putea ea să fie considerată mai favorabilă decât măsura internării inculpatului minor într-un centru de reeducare, de unde nu se poate dispune liberarea decât după executarea unui an din durata acesteia? Criteriile intră, în acest caz, evident, în conflict: pedeapsa cu închisoarea este considerată legal mai gravă, mai defavorabilă decât măsura educativă, în schimb posibilitatea de apreciere judiciară mai largă în favoarea inculpatului asupra modalităţii de executare a pedepsei închisorii face ca suspendarea executării, fără să fi fost necesară executarea unei părţi din pedeapsă, să o facă mai favorabilă decât măsura educativă privativă de libertate. Legea mai favorabilă va trebui să fie considerată legea care prevede pedeapsa închisorii dacă în concret instanţa va aplica suspendarea executării pedepsei.

La fel, contrar a ceea ce se poate crede la prima vedere, o lege care prevede circumstanţe agravante nu este neapărat mai severă. Ea poate fi considerată mai severă doar dacă instituirea circumstanţelor agravante are ca efect agravarea pedepselor suportate conform legii vechi. În cazul contrar, ea apare, dimpotrivă,

[30] *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op. cit., p. 289.
[31] Decizia nr. 6795/2004, apud *I. Pitulescu, T. Medeanu*, op. cit., p. 86.

ca o dispoziţie mai favorabilă, căci, raportându-se la un element constitutiv al infracţiunii, ea instituie o condiţie suplimentară pentru declanşarea represiunii[32]. Un exemplu oferit de reforma Codului penal francez este relevantă în acest domeniu. „Sub imperiul Codului penal din 1810, pedeapsa prevăzută pentru omor simplu era recluziunea criminală perpetuă. Noul Cod penal a redus această pedeapsă la treizeci de ani de recluziune criminală (art. 221-1). Dar, în acelaşi timp, el a creat noi circumstanţe agravante permiţând aplicarea recluziunii perpetue (art. 221-4). Chiar dacă sunt noi, aceste circumstanţe agravante nu au ca efect agravarea pedepsei suportate potrivit textelor vechi, ci doar lăsarea ei la acelaşi nivel. Dispoziţiile care le prevăd sunt chiar mai favorabile decât cele din 1810, pentru că, pentru a atinge nivelul maxim al pedepsei prevăzute în legea veche (recluziunea perpetuă), va trebui să fie adusă proba existenţei unei circumstanţe agravante”[33].

D. Coexistenţa dispoziţiilor mai favorabile şi mai nefavorabile

Situaţia poate fi şi mai complicată atunci când legea nouă este în parte mai favorabilă, în parte mai defavorabilă. De exemplu, o lege care micşorează maximul pedepsei, dar măreşte minimul. Unii[34], au judecat o astfel de lege mai favorabilă pentru că micşorează maximul, deoarece judecătorul poate da doar o pedeapsă maximă mai mică. Pentru această parte a doctrinei minimul pedepsei nu contează pentru că el poate fi redus cu ajutorul circumstanţelor atenuante. Pentru alţii[35], o astfel de lege este însă mai defavorabilă căci ea măreşte minimul, iar judecătorul nu mai poate aplica o pedeapsă mai mică, nivelul maximului nefiind determinant pentru că de regulă judecătorii nu se orientează către maxim. Alţii[36] au subordonat judecarea caracterului mai favorabil sau mai defavorabil de circumstanţele concrete ale cazului. Doctrina dominantă în

[32] *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op. cit., p. 290.
[33] Ibidem.
[34] De exemplu, Pinatel, Levaseur, Garraud, Vidal.
[35] Garcon, de exemplu.
[36] Tanoviceanu, Dongoroz, Kahane, Oancea, Bulai, Basarab.

România este de părere că dacă instanţa se orientează către o pedeapsă spre minimul special va fi mai favorabilă legea care prevede un minim special mai coborât, chiar dacă prevede un maxim special mai ridicat decât cealaltă lege, în timp ce în situaţia în care instanţa se orientează către o pedeapsă situată către maximul special, atunci va fi mai favorabilă legea care prevede un maxim mai scăzut, chiar dacă prevede un minim mai ridicat[37].

Doctrina din România este unanimă în a aprecia că este interzisă combinarea dispoziţiilor mai favorabile din mai multe legi succesive şi crearea deci a ceea ce se numeşte *lex tertia*, că deci trebuie să fie aplicată o singură lege. Problema este că acest acord nu mai funcţionează atunci când trebuie decis asupra conceptului însuşi de combinare a dispoziţiilor într-o *lex tertia*. Astfel, într-o concepţie restrictivă, se consideră că dacă o lege este mai favorabilă cu privire la calificarea faptei şi deci la sancţiune trebuie ca ea să se aplice şi în ceea ce priveşte aplicarea altor instituţii, cum ar fi recidiva sau concursul de infracţiuni, chiar dacă sub acest aspect este mai puţin favorabilă. Altă opinie, mai flexibilă, consideră că determinarea legii mai favorabile trebuie să se facă în raport cu fiecare instituţie care se aplică în mod autonom. În această opinie, încadrarea faptei potrivit unei legi, mai favorabilă sub acest aspect, nu exclude aplicarea normelor din cealaltă lege cu privire la recidivă sau la concursul de infracţiuni. Este interzisă, în această optică, doar combinarea dispoziţiilor care nu pot fi aplicate în mod autonom. De exemplu, calificarea după o lege şi aplicarea pedepsei după cealaltă lege este interzisă[38].

Această doctrină este inspirată de cea franceză, care distinge între legile divizibile şi cele indivizibile. Conform acestei doctrine, dezvoltată de altfel mai întâi de jurisprudenţă, dacă într-o lege coexistă dispoziţii mai favorabile şi mai nefavorabile, trebuie examinat dacă ele sunt divizibile sau indivizibile.

Un dispozitiv normativ nou aplicabil unei cauze este *divizibil* dacă este *imposibil* ca prin aplicarea separată a dispoziţiilor mai favorabile şi a celor mai severe din legea nouă să se obţină o aplicare *cumulativă* a dispoziţiilor mai favorabile din cele două legi succesive, aflate în conflict, faţă de aceeaşi

[37] *C. Bulai, B. N. Bulai*, op. cit., p. 140.
[38] Idem, p. 139.

persoană şi cu ocazia aceleiaşi urmăriri. Dacă dispozitivul normativ din legea nouă este divizibil, atunci normele care îl compun pot fi aplicate separat, retroactivând doar cele mai favorabile[39].

Dispoziţiile sunt *indivizibile* atunci când aplicarea separată a dispoziţiilor mai favorabile şi mai severe din legea nouă ar putea avea drept consecinţă să permită aceleiaşi persoane cu ocazia aceleiaşi urmăriri să beneficieze *cumulativ* de dispoziţiile mai favorabile din ambele legi în conflict[40]. Dacă sunt indivizibile, atunci trebuie degajată o soluţie unică. Două sisteme de analiză au fost dezvoltate pentru a ajunge la această soluţie unică.

Potrivit primului sistem, numit al *dispoziţiei principale*, trebuie căutată norma centrală a dispozitivului normativ al legii aplicabile în cauză, judecat dacă aceasta este mai favorabilă sau nu decât cealaltă lege aplicabilă în cauză şi apoi judecat, în funcţie de rezultatul operaţiunii anterioare, că tot acest dispozitiv normativ indivizibil este mai favorabil sau mai sever, indiferent dacă unele dintre normele ce îl compun ar fi, luate separat, apreciate în mod contrar. Dacă deci dispoziţia principală este mai favorabilă, atunci tot dispozitivul normativ legat de ea este aplicat retroactiv.

Potrivit celuilalt sistem de analiză, cel al *aprecierii globale*, caracterul mai favorabil sau mai nefavorabil al dispozitivului normativ legal indivizibil aplicabil cauzei este apreciat în funcţie de ansamblul reglementării. Deci, nu mai trebuie căutată dispoziţia principală, ci apreciată tendinţa dominantă, mai favorabilă sau mai nefavorabilă, a ansamblului reglementării.

Noi am susţinut că instituţia juridică este un sistem proiectiv, deschis, ierarhizat şi durabil de norme juridice, constituit în jurul unei finalităţi particulare, subordonată finalităţii sistemului juridic[41]. Ceea ce interesează din această definiţie a instituţiei juridice în acest context de analiză este că ea este un sistem ierarhizat, cu o finalitate proprie. Faptul că instituţia juridică este un sistem ierarhizat de norme înseamnă că într-o instituţie juridică există

---

[39] *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op. cit., p. 295.

[40] Ibidem.

[41] *D.C. Dănişor, I. Dogaru, Gh. Dănişor*, Teoria generală a Dreptului, Ed. C.H. Beck, Bucureşti, 2008, p. 250.

întotdeauna un principiu normativ superior care este rezultatul direct al finalităţii instituţiei şi care îşi subordonează celelalte norme din sistem. Pe de altă parte, ideea de finalitate este cea directoare. Aceasta înseamnă că norma principală este cea care dă seama în gradul cel mai înalt de finalitatea instituţiei. Ea ţinteşte direct către realizarea acestei finalităţi, în timp ce celelalte norme care constituie instituţia sunt raportate la scopul acesteia doar indirect, prin intermediul normei fundamentale. Întotdeauna finalitatea instituţiei juridice este subordonată finalităţii sistemului juridic. Astfel, dacă sistemul juridic are ca scop comunitatea proprietăţii, şi nu proprietatea privată, instituţia căsătoriei, care are ca scop în mod normal uniunea conjugală şi filiaţia legitimă, va subordona regimul bunurilor soţilor unei reguli de comunitate prezumată. De fapt, norma centrală a instituţiei căsătoriei într-o societate de tip marxist este proprietatea comună a soţilor, căci celelalte elemente ale comunităţii erau oricum tipice instituţiei şi în regimurile liberale. În materie penală, totul depinde deci de scopul pe care societatea şi-l propune când exercită acţiunea publică. Într-o societate liberală, regimul general de exercitare a libertăţilor este regimul represiv[42], nu regimul preventiv[43]. Aşadar, chiar dacă sistemul penal poate avea ca scop prevenirea comportamentelor infracţionale, aceasta nu poate să transforme sistemul în unul de autorizare prealabilă a exercitării libertăţii. Regula este că persoana poate să-şi exercite libertatea şi că, dacă depăşeşte limitele impuse de libertatea celorlalţi, atunci statul va reprima comportamentul respectiv. Astfel, în sistemul penal al statelor liberale norma centrală a oricărei instituţii juridice de drept penal este norma represivă. Când legea nouă este indivizibilă, ar trebui ca judecarea caracterului mai favorabil sau mai nefavorabil al regimului normativ să fie făcută prin raportare la această normă fundamentală. Dacă norma represivă este mai favorabilă, atunci ar trebui aplicate retroactiv toate dispoziţiile legii care formează în jurul ei o instituţie juridică. Desigur, acest raţionament nu se aplică dacă normele din legea nouă nu fac parte din aceeaşi instituţie juridică, ci dintr-o alta, deci sunt subordonate unei alte finalităţi şi unei alte norme fundamentale.

[42] A se vedea *supra*.
[43] A se vedea *supra*.

Chiar dacă legea nouă este indivizibilă, o limită generală se impune, mai ales în sistemul nostru de drept, în care neretroactivitatea este formal constituţionalizată: aplicarea indivizibilă a legii noi nu trebuie să conducă la aplicarea retroactivă a unei norme penale represive mai severe. Aşadar, regulile mai favorabile pot retroactiva, iar cele mai severe vor fi aplicate cel mult imediat.

Ce înseamnă în aceste condiţii interdicţia de a construi prin aplicare o *lex tertia*? Am văzut mai sus că s-a considerat că nu se poate face calificarea după o lege şi aplicarea pedepsei după cealaltă lege[44]. Totuşi această afirmaţie nu este neapărat valabilă. Să luăm ca exemplu situaţia în care o lege lărgeşte sfera unei incriminări (dispoziţie mai severă), dar reduce pedeapsa aplicabilă (dispoziţie mai favorabilă). Conform doctrinei de mai sus, incriminarea şi pedeapsa ar constitui un dispozitiv normativ indivizibil şi, în consecinţă, ar trebui judecat ca global mai sever sau mai favorabil. În realitate, potrivit analizei propuse de noi, trebuie să considerăm că incriminarea şi pedeapsa sunt divizibile şi să nu aplicăm decât dispoziţiile mai favorabile din ambele legi aflate în conflict. Într-adevăr, *acelaşi individ* nu ar putea *niciodată* să beneficieze în acelaşi timp de aspectele mai favorabile ale fiecărei legi. „Dacă beneficiază de aplicarea dispoziţiilor din legea veche cu privire la încriminare, mai blânde, problema pedepsei aplicabile nu se mai pune. Dacă el *nu* beneficiază de aceste dispoziţii mai favorabile, căci acţiunile sale sunt calificate conform vechii incriminări, atunci va beneficia doar de regimul mai blând al pedepsei din legea nouă”[45]. Astfel, dispoziţia de încriminare, mai severă, nu va putea retroactiva, în schimb, dispoziţia privind pedeapsa, mai favorabilă, va retroactiva. Deci, dacă fapta este încadrată juridic conform legii vechi, pedeapsa va fi aplicată conform legii noi, contrar doctrinei româneşti citată mai sus.

Dacă o dispoziţie nouă reduce domeniul unei incriminări (dispoziţie mai blândă) dar creşte pedeapsa (dispoziţie mai severă) nu există nici un inconvenient să considerăm regimul normativ ca divizibil, deci să judecăm cele două dispoziţii separat din punctul de vedere al retroactivităţii. Dacă persoana

[44] *C. Bulai, B.N. Bulai*, op. cit., p. 139.
[45] *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op. cit., p. 296.

care săvârşeşte fapta scapă de represiune pentru că fapta sa nu intră în câmpul infracţiunii definite conform legii noi, atunci ea nu va fi pedepsită. Dacă poate pretinde aplicarea pedepsei mai blânde din legea veche, acest lucru se întâmplă pentru că nu i-a profitat reducerea domeniului incriminării. Deci aceeaşi persoană nu va putea beneficia niciodată cumulativ, cu privire la aceeaşi urmărire, de dispoziţiile mai favorabile din ambele legi. Regimul normativ care cuprinde calificarea şi pedeapsa este deci divizibil[46].

E. Situaţia normelor privind prescripţia

Compararea legilor succesive pentru a determina caracterul mai favorabil al dispoziţiilor lor trebuie să se facă ţinând cont şi de termenul de prescripţie a răspunderii penale şi a executării pedepsei. Este lege mai favorabilă cea care prevede un termen de prescripţie mai mic. Deci legea nouă care prevede un astfel de termen mai mic se va aplica retroactiv în baza art. 15 alin. (2) din Constituţie[47]. Legile care reglementează prescripţia răspunderii penale nu trebuie considerate legi de procedură, deci ca legi care prescriu dreptul la acţiune, deci care au doar aplicaţie imediată, ci legi penale substanţiale care au aplicaţie retroactivă dacă sunt mai favorabile.

F. Situaţia normelor privind executarea pedepselor

Prima situaţie este cea a unei legi care modifică regimul de aplicare sau de executare a pedepselor pentru o infracţiune care a fost săvârşită înainte de intrarea ei în vigoare, dar care nu a fost definitiv judecată până la această dată. Dacă această lege nouă prevede aceeaşi pedeapsă între aceleaşi limite, dar prevede un regim mai favorabil de individualizare sau de executare, acest regim este aplicabil retroactiv? Credem că răspunsul trebuie să fie pozitiv, căci legile cu privire la individualizarea şi executarea pedepsei pot fi calificate mai degrabă ca legi penale substanţiale, decât ca legi de procedură. Deci ele trebuie

[46] Ibidem.
[47] *I. Pascu, op. cit.*, p. 104; *A. Boroi*, op. cit., p. 82.

aplicate retroactiv, dacă sunt mai favorabile, nu doar imediat.

G. Aplicarea legii mai favorabile în cazul pedepselor definitive

În această situaţie, Codul penal distinge între retroactivitatea obligatorie a legii şi aplicarea facultativă a legii penale mai favorabile. Ceea ce interesează aici nu este descrierea soluţiei legale[48]. Important pentru acest comentariu este determinarea limitelor de acţiune impuse de Constituţie legiuitorului atunci când reglementează retroactivitatea legii mai favorabile în cazul pedepselor definitive. Principiul este acum cel al retroactivităţii obligatorii a legilor penale mai favorabile în situaţiile prevăzute de art. 14 C. pen. şi al retroactivităţii facultative a legii penale mai favorabile în condiţiile art. 15 C. pen. Problema este deci dacă legiuitorul poate renunţa la principiul retroactivităţii obligatorii în situaţiile prevăzute de art. 14 C. pen., stabilind că legea penală mai favorabilă nu retroactivează în cazul infracţiunilor săvârşite sub imperiul legii vechi şi care au fost definitiv judecate înaintea intrării în vigoare a legii noi mai favorabile.

Răspunsul ce pare evident este că, fiind o soluţie legală, nu constituţională, şi având de a face cu o măsură de favoare, căci principiul retroactivităţii este în mod clasic înţeles ca neafectând hotărârile definitive, legiuitorul poate, fără niciun impediment constituţional, să renunţe la soluţia retroactivităţii legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive.

Pentru a simplifica argumentaţia, vom lua în considerare doar prima ipoteză a art. 14 C. pen. Astfel, dacă, după rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare şi până la executarea completă a pedepsei închisorii sau amenzii a intervenit o lege care prevede o pedeapsă mai uşoară, pedeapsa aplicată, dacă depăşeşte maximul special al pedepsei prevăzute în legea nouă pentru infracţiunea care a stat la baza condamnării, se reduce la acest maxim. Soluţia legală are aparent la bază doar un motiv de echitate: este împotriva eticii ca o

[48] Pentru aceasta, a se vedea, *C. Bulai, B.N. Bulai, op. cit.*, p. 140-144; *I. Pitulescu, T. Medeanu*, op. cit., p. 87-90; *V. Mirişan*, op. cit., p. 53-56; *C. Niculeanu*, op. cit., p. 58-60; *A. Boroi*, op. cit., p. 83-87; *V. Ponta, D.M. Dragnea, M. Mitroi*, op. cit., p. 50-51; *C. Mitrache*, op. cit., p. 48-50; *M.A. Hotca*, op. cit., p. 177-184; *I. Pascu*, op. cit., p. 105-108; *H. Diaconescu, Gh. Dănişor, A. Oroveanu-Hanţiu, R. Răducanu*, op. cit., p. 75-80.

persoană să suporte o pedeapsă peste maximul reacţiei sociale considerată necesară pentru reprimarea acelui tip de faptă, doar pentru că această faptă a fost săvârşită înainte de reducerea acestui răspuns maxim socialmente necesar.

De fapt însă, principiul legalităţii pedepselor, care este de natură constituţională, este implicat în acest raţionament, ca şi cel al egalităţii în drepturi, la rândul său un principiu constituţional. În ceea ce priveşte principiul legalităţii pedepselor, art. 23 alin. (12) din Constituţie dispune că „nicio pedeapsă nu poate fi stabilită sau aplicată decât în condiţiile şi în temeiul legii". Principiul constituţional distinge între „stabilirea" pedepsei şi „aplicarea" ei. „Stabilirea" pedepsei presupune, pe de o parte, acţiunea de individualizare a pedepsei în momentul legiferării, operaţiune care trebuie să adapteze pedeapsa gravităţii infracţiunii, în condiţiile art. 53 din Constituţie, adică în cadrul general constituţional referitor la restrângerea exerciţiului unor drepturi sau libertăţi, cu respectarea limitelor particulare impuse pentru restrângerea exerciţiului anumitor drepturi sau libertăţi de dispoziţii speciale ale Constituţiei şi, pe de altă parte, limitarea drastică a puterilor judecătorului, care nu poate stabili decât pedepsele legale, fără a putea să depăşească maximul legal şi adaptând sancţiunea persoanei trase la răspundere, ţinând cont de funcţia pe care reacţia socială represivă trebuie să o îndeplinească în raport de pericolul social al infracţiunii concrete.

Cea de-a doua latură a principiului legalităţii pedepselor este cea a „aplicării" lor. Doctrina penală determină trei faze ale individualizării pedepsei: faza elaborării legii, faza determinării concrete a pedepsei, pe care le-am analizat mai sus subsumându-le noţiunii constituţionale de stabilire a pedepsei şi faza executării pedepsei concrete stabilită prin hotărâre judecătorească[49], pe care este clar că trebuie să o subsumăm noţiunii constituţionale de „aplicare" a pedepsei. Legalitatea ca principiu constituţional cuprinde, deci şi legalitatea executării pedepselor. Acesta înseamnă că nicio pedeapsă nu poate fi executată decât în condiţiile şi în temeiul legii, pentru a ne exprima în termenii constituţionali. Deci, legalitatea executării pedepsei presupune adaptarea modalităţilor şi cuantumului acestei executări, ca măsură de răspuns social

[49] *C. Bulai, B.N. Bulai*, op. cit., p. 375.

limitând drepturile fundamentale, la natura şi gravitatea infracţiunii şi la pericolul social al persoanei condamnate. Desigur această adaptare nu poate excede cadrul art. 53 din Constituţie. Or, acest cadru presupune o operaţiune de verificare permanentă a proporţionalităţii măsurii de restrângere cu situaţia care a determinat-o.

Controlul de proporţionalitate impus de art. 53 din Constituţie este unul complex[50]. Constituţia dispune că măsura trebuie să fie proporţională cu situaţia care a determinat-o. Deci nici scopul restrângerii, nici motivele acesteia, nici obiectul ei nu sunt referent al controlului de proporţionalitate, ci situaţia care a determinat măsura de restrângere. Distincţia clasică a noţiunilor de „motive" ale legii, de „obiect" al legii şi de „scop" al acesteia aparţine lui R. Bonnard[51]. Potrivit acestei accepţiuni tradiţionale, motivele legii sunt constituite din datele pe care autorul actului le utilizează ca bază logică, drept justificare a deciziei sale şi ca urmare a regulii juridice care rezultă din aceasta. Este vorba de raţiunile de fapt şi de drept care justifică alegerea făcută de legiuitor. Obiectul legii este rezultatul ei „imediat", adică decizia rezultând în mod logic din motivele arătate. În fine, scopul legii, este rezultatul său „mediat", un rezultat practic, metajuridic, urmărit de legiuitor. Acest scop poate fi diferit de rezultatul real obţinut prin aplicarea normei.

În materia controlului de proporţionalitate a măsurilor de restrângere a exerciţiului drepturilor sau libertăţilor, referentul controlului este „situaţia" care a determinat-o. Această noţiune trebuie înţeleasă clar din punct de vedere juridic. Situaţia la care se referă Constituţia nu este desigur legată doar de fapte, ci şi de norme. Ea trebuie deci să fie „juridică". *Noţiunea de situaţie juridică ca referent al controlului de proporţionalitate cuprinde motivul, obiectul şi scopul legii într-un sistem integrat*. Proporţionalitatea trebuie judecată în raport de situaţia care determină măsura de restrângere, deci trebuie analizată mai întâi *adecvarea obiectului măsurii de restrângere la motivele acesteia, mai apoi*

[50] Pentru amănunte, a se vedea *D.C. Dănişor*, Reglementarea constituţională a restrângerii unor drepturi sau a unor libertăţi, în Noua Revistă de Drepturile Omului nr. 2/2008, p. 3-22.

[51] Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, R.D.P., 1923, p. 362.

adecvarea mijloacelor utilizate la scopul legii restrictive şi, în fine, *adaptarea rezultatului concret al legii restrictive la scopul urmărit de legiuitor prin legea respectivă şi la motivele care au determinat alegerea sa*. Judecarea respectării sau a violării principiului proporţionalităţii presupune deci un multiplu control de necesitate şi un multiplu control de adecvare.

Adecvarea aceasta multiplă presupune la toate nivelurile analizei *un control al necesităţii măsurii* de restrângere *prin raportare la situaţie*. Restrângerea trebuie să fie necesară, adică fără ea să nu poată fi atins scopul legii. În al doilea rând, măsura trebuie să fie adecvată scopului urmărit adică să fie aptă *a priori* să realizeze acest scop. Adecvarea trebuie să fie *a priori*, adică înainte de orice experienţă, faţă de scopul urmărit, pentru că este inadmisibilă experimentarea restrângerii libertăţii. În al treilea rând, măsura trebuie să reprezinte intervenţia minimă necesară obţinerii rezultatului urmărit. Dacă există o altă ingerinţă posibilă care este mai blândă decât cea utilizată, măsura este neconstituţională, chiar dacă este aptă să realizeze scopul.

Aplicând acest cadru problemei retroactivităţii legii penale mai favorabile în cazul pedepselor definitive care sunt mai mari decât maximul prevăzut de legea nouă pentru infracţiunea respectivă, este clar că legiuitorul modifică prin legea nouă nu doar cuantumul pedepsei, ci adecvează pedeapsa motivului, obiectului şi scopului legii judecate ca un sistem integrat. Dacă analizăm în acest sistem reducerea maximului reacţiei sociale necesare realizării scopului social, el modifică atât termenii necesităţii măsurii, pedeapsa aplicată care depăşeşte maximul legal din legea nouă nefiind considerată necesară, cât şi pe cei ai adecvării măsurii faţă de scopul urmărit, căci legiuitorul consideră a priori că acest scop poate fi atins prin noul maxim special. Este evident, pe de altă parte, că o pedeapsă aplicată care depăşeşte noul maxim legal nu mai poate reprezenta măsura minimă necesară realizării rezultatului urmărit prin sancţiune.

O primă concluzie se impune: „restrângerea incidenţei legii mai blânde la faptele care nu au fost judecate definitiv, înseamnă în fond o încălcare a principiului legalităţii pedepsei”[52]. Este clar că aceasta înseamnă că norma care

[52] *C. Bulai, B.N. Bulai*, op. cit., p. 135; *V. Dongoroz*, Drept penal, Bucureşti, 1939, p. 135.

operează această restrângere este, în sistemul constituţional românesc actual, neconstituţională prin raportare la art. 23 alin. (12) din Constituţie, care impune principiul legalităţii pedepselor.

Modalitatea de aplicare a sancţiunii este, pe de altă parte, un criteriu constituţional de judecare a constituţionalităţii normei în baza căreia este făcută aplicarea. Astfel, art. 53 dispune că măsura trebuie să fie aplicată nediscriminatoriu şi fără a aduce atingere existenţei dreptului sau libertăţii. Ne vom opri asupra primei condiţii. Constituţia instituie o condiţie de aplicare nediscriminatorie. Desigur că dacă măsura este în sine şi nu prin modul aplicării ei discriminatorie, ea este neconstituţională pentru că încalcă egalitatea în drepturi. Dar ea poate fi o restrângere neconstituţională a exerciţiului unui drept sau al unei libertăţi şi dacă nu încalcă prin prescripţiile sale egalitatea în drepturi, dacă ea este *aplicată* într-o manieră discriminatorie. Modul de aplicare determină neconstituţionalitatea normei, nu a actului de aplicare. Dacă ne raportăm la situaţia analizată în acest comentariu, este evident că o aplicare discriminatorie a pedepsei penale ar duce la neconstituţionalitatea normei care determină pedeapsa. În ipoteza avută aici în vedere, legiuitorul reduce prin legea nouă maximul special al pedepsei sub cuantumul pedepsei concrete stabilite prin hotărâre definitivă pentru o anumită persoană pentru infracţiunea respectivă. Trebuie văzut dacă executarea pedepsei conform legii vechi, mai severă, nu este contrară egalităţii.

Aplicarea măsurii de restrângere a exerciţiului unui drept sau a unei libertăţi este discriminatorie dacă este făcută pe baza unuia dintre criteriile de nediscriminare enumerate de art. 4 alin. (2) din Constituţie sau pe baza unui criteriu de natura celor enumerate. Dar diferenţa de tratament juridic poate fi discriminatorie chiar dacă nu este bazată pe unul dintre criteriile expres prevăzute sau pe unul de natura acestora, dacă ea aduce atingere demnităţii umane, adică dacă accentuează în mod injust un dezavantaj sau o vulnerabilitate suportate de o persoană. Astfel, nu doar caracteristicile personale sau de grup nu pot constitui bază a discriminării, ci şi aflarea într-o situaţie dezavantajoasă injustă. Existenţa discriminării nu mai este judecată strict formal, pornind de la criterii interzise, prestabilite, care ar sta la baza reglementării, ci substanţial,

luându-se în consideraţie eventuala situare injustă prin efectul reglementării[53].

Dacă înţelegem în acest mod egalitatea, atunci este clar că executarea pedepsei conform legii vechi, în condiţiile în care pedeapsa aplicată în cazul concret este peste maximul legal prevăzut în legea nouă pentru infracţiunea respectivă este de natură să situeze persoana condamnatului într-o situaţie dezavantajoasă injustă prin efectul reglementării. Apare astfel conform cu egalitatea în drepturi ca pedeapsa să fie redusă la maximul prevăzut de legea nouă, căci aplicarea acestui maxim creează cea mai gravă situaţie în care legiuitorul consideră că poate fi pusă o persoană condamnată pentru infracţiunea respectivă, căci ea este rezultatul reacţiei sociale maxime.

Concluzionând, credem că aplicarea retroactivă a legii noi mai favorabile în cazul în care pedeapsa aplicată unei persoane conform legii vechi este mai mare decât maximul special prevăzut de legea nouă este de natură constituţională. În consecinţă, legiuitorul nu poate să impună aplicarea legii vechi în acest caz. Legea nouă mai favorabilă va retroactiva chiar în lipsa unei stipulaţii legislative exprese, iar orice dispoziţie de natură legislativă contrară, care ar interzice efectul retroactiv al legii noi mai favorabile în acest caz, va fi neconstituţională, prin raportare la dispoziţiile art. 15 alin. (2) coroborate cu cele ale art. 23 alin. (12), art. 53 şi art. 16 din Constituţia României.

Acelaşi raţionament est valabil şi în cazul în care pedeapsa detenţiunii pe viaţă este înlocuită cu pedeapsa închisorii, iar în situaţia concretă fusese aplicată prima sancţiune. De asemenea raţionamentul subzistă şi în cazul în care pedepsele complementare, măsurile de siguranţă şi măsurile educative pronunţate, care nu au fost executate, nu mai sunt prevăzute de legea nouă sau sunt prevăzute cu un conţinut şi în limite diferite mai favorabile şi în cazul consecinţelor mai favorabile prevăzute de legea nouă după executarea integrală a pedepselor aplicate conform legii vechi.

H. Situaţia infracţiunilor continui, continuate sau de obicei

În cazul infracţiunilor începute sub legea veche, dar continuate sub legea

[53] *D.C. Dănişor*, Drept constituţional şi instituţii politice, Ed. C.H. Beck, 2007, p. 617-621.

nouă, ca şi a infracţiunilor continue, continuate şi de obicei, problema retroactivităţii legii noi nu se pune, aceste infracţiuni fiind considerate ca fiind săvârşite exclusiv sub imperiul legii noi, care este deci singura aplicabilă.

I. Existenţa a mai mult de două legi succesive

Uneori, în perioada scursă de la săvârşirea infracţiunii şi până la judecarea ei definitivă pot interveni mai mult de două legi succesive. Se apreciază, de regulă, că în acest caz legea aplicabilă va fi aleasă comparând toate legile succesive. Va fi deci aplicată retroactiv legea cea mai blândă dintre toate legile intervenite în perioada avută în vedere[54]. Totuşi această soluţie nu este acceptată de toţi autorii. Unii estimează că trebuie comparată doar legea în vigoare la dată săvârşirii infracţiunii şi legea în vigoare la data judecării ei, legile intermediare nefiind aplicabile, căci ele nu au nici un element care să le ataşeze infracţiunii: ele nu erau în vigoare la data săvârşirii infracţiunii şi nu mai sunt în vigoare la data judecării ei; nu se pune deci problema activităţii legii penale intermediare în raport cu infracţiunea respectivă, ea nefiind în vigoare în nici una dintre fazele săvârşirii infracţiunii sau procesului penal[55].

J. Problema legilor penale mai favorabile declarate neconstituţionale

Ipoteza avută în vedere aici este cea a unei legi penale care intră în vigoare, care este mai favorabilă decât legea veche, sub imperiul căreia a fost săvârşită infracţiunea, dar care este declarată neconstituţională înainte de a interveni o hotărâre definitivă de condamnare. Efectul unei decizii a Curţii Constituţionale care constată neconstituţionalitatea unei legi după intrarea în vigoare a acesteia este reglementat de art. 147 alin. (1) din Constituţie, conform căruia dispoziţiile constatate ca fiind neconstituţionale îşi încetează efectele juridice în 45 de zile de la publicarea deciziei, dacă în acest interval Parlamentul nu pune de acord prevederile neconstituţionale cu dispoziţiile Constituţiei. S-a susţinut că

[54] *C. Bulai, B.N. Bulai*, op. cit., p. 136; *F. Desportes, F. Le Gunehec*, op. cit., p. 301.
[55] *R. Merle, A. Vitu*, Traité de droit criminel, Cujas, Paris, t. I, 1997, nr. 247.

retroactivitatea legii penale mai favorabile operează şi în cazul legilor declarate neconstituţionale, dacă în timpul cât acestea s-au aflat în vigoare cuprind dispoziţii penale mai favorabile[56].

Credem totuşi că această soluţie destul de tranşantă trebuie regândită. În primul rând, trebuie remarcat că excepţia de neconstituţionalitate poate fi ridicată doar cu privire la dispoziţiile legii de care depinde soluţionarea cauzei în faţa instanţei de judecată sau de arbitraj comercial şi care sunt contrare unui drept sau libertăţi fundamentale prevăzute de Constituţie, altfel inculpatul nu are interes să o ridice. În condiţiile în care inculpatul este cel care este titularul dreptului sau libertăţii fundamentale încălcate de legea neconstituţională, nu vedem cum ar putea aceasta să fie mai favorabilă lui, deci cum să se aplice în situaţia conflictului de legi în timp. În al doilea rând, legea declarată neconstituţională îşi încetează de drept efectele dacă Parlamentul nu o pune de acord cu Constituţia în termenul de 45 de zile. Ea nu este scoasă din vigoare de decizia Curţii şi nici de omisiunea Parlamentului de a o pune de acord cu Constituţia, ci doar îşi încetează de drept *efectele*. Această instituţie este cu totul nouă în dreptul constituţional românesc. Contururile ei sunt de aceea neclare. Dacă Parlamentul nu îşi execută obligaţia, atunci constatarea încetării efectelor juridice ar fi logic în competenţa instanţelor ordinare, iar hotărârile acestora au obligativitate doar *inter partes*. Deci nu poate fi vorba de constatarea ieşirii din vigoare a legii. Dacă Parlamentul adoptă o lege prin care pretinde că a pus de acord dispoziţiile constatate ca fiind neconstituţionale cu Constituţia, atunci această nouă lege va putea fi controlată doar dacă există o sesizare a Curţii Constituţionale înainte de promulgare. Dacă această sesizare nu intervine, atunci legea de punere de acord rămâne necontrolată *a priori,* căci Curtea nu are competenţa de a o controla din oficiu. Controlul de constituţionalitate *a posteriori* al acestei legi nu poate interveni pentru că Parlamentul nu a executat obligaţia de a pune legea neconstituţională de acord cu Constituţia, ci doar dacă în cauza judecată noua lege este incidentă şi încalcă ea însăşi un drept sau o libertate fundamentale. Cu alte cuvinte, obligaţia impusă de Curte Parlamentului prin decizia care constată neconstituţionalitatea unor dispoziţii

[56] *I. Pascu*, op. cit., p. 98.

dintr-o lege în vigoare este practic lipsită de o sancţiune eficientă dacă instanţa ordinară înseşi nu face un control al aplicării deciziei Curţii Constituţionale[57] şi, în orice caz, nu face ca legea neconstituţională să fie scoasă din vigoare decât dacă Parlamentul adoptă o lege de punere de acord a primeia cu Constituţia. În această ipoteză nu vedem cum ar putea fi mai favorabilă vechea lege, neconstituţională, decât cea nouă, pusă de acord cu Constituţia. Când legea neconstituţională şi-a încetat de drept efectele juridice ea nu mai poate fi aplicată de instanţa ordinară, nici chiar dacă, ipoteză oricum neplauzibilă, ar fi mai favorabilă, căci instanţa nu îi poate da *niciun efect*.

S-a susţinut chiar că declararea unei legi ca neconstituţională repune în vigoare legea anterioară, eventual mai severă[58]. Aceasta este o regretabilă interpretare extensivă a unor dispoziţii constituţionale care nu pot justifica această soluţie. Declararea unei legi ca neconstituţională creează obligaţia pentru Parlament de a pune legea de acord cu Constituţia. Dacă Parlamentul nu se conformează obligaţiei, consecinţa este încetarea *efectelor* legii neconstituţionale, dar nu repunerea în vigoare a legii abrogate de aceasta. Legea veche rămâne abrogată. Este adevărat că şi instanţa constituţională a căzut în capcana interpretării extensive a încetării de drept a efectelor legii neconstituţionale, chiar a decis, ea însăşi, prin decizia de constatare a neconstituţionalităţii, că legea veche este repusă în vigoare înainte ca Parlamentul să aibă posibilitatea să se conformeze obligaţiei sale constituţionale. Dar această soluţie este neconstituţională[59]. Neîndeplinirea obligaţiei de punere de acord are consecinţe doar asupra *efectelor* legii neconstituţionale, neducând în nici un caz la ieşirea ei din vigoare. Curtea Constituţională nu *abrogă* legea neconstituţională. Nu se pune deci problema comparării legii neconstituţionale cu legea pe care ea o abrogase, care ar reveni în vigoare, cum crede autorul citat.

---

[57] Vezi *D. C. Dănişor*, Impunerea deciziilor Curţii Constituţionale – o problemă a instanţelor ordinare, Curierul Judiciar nr. 6/2009, p. 303-305.

[58] *A. Boroi*, op. cit., p. 75.

[59] A se vedea, *D.C. Dănişor, S. Răduleţu*, Comentariul Deciziei Curţii Constituţionale nr. 62/2007, în Curierul Judiciar nr. 3/2007, p. 4-24.